

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

RAPHAEL SILVA DE CASTRO LIMA

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA:
violação dos postulados da busca do pleno emprego e da vedação ao retrocesso social**

**JOÃO PESSOA
2019**

RAPHAEL SILVA DE CASTRO LIMA

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA:
violação dos postulados da busca do pleno emprego e da vedação ao retrocesso social**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Jailton Macena de Araújo

JOÃO PESSOA
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

L732c Lima, Raphael Silva de Castro.

O controle de convencionalidade da reforma trabalhista:
violação dos postulados da busca do pleno emprego e da
vedação ao retrocesso social / Raphael Silva de Castro
Lima. - João Pessoa, 2019.
89 f.

TCC (Especialização) - UFPB/CCJ.

1. Reforma Trabalhista. 2. Lei 13.467/2017. 3. Controle
de convencionalidade. 4. Pleno emprego. 5. Vedação ao
retrocesso. 6. Proteção do trabalhador. I. Título

UFPB/CCJ

RAPHAEL SILVA DE CASTRO LIMA

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA:
Violação dos postulados da busca pelo pleno emprego e da vedação ao retrocesso**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr. Jailton Macena de Araújo

DATA DA APROVAÇÃO: 12 de abril de 2019

BANCA EXAMINADORA:



**Prof. Dr. JAILTON MACENA DE ARAÚJO
(ORIENTADOR)**



**Prof. Ms. RAFAEL CÂMARA NORAT
(AVALIADOR)**



**Prof.ª RAYANNE AVERSARI CÂMARA
(AVALIADORA)**

Aos meus pais, Quintiliano e Marina, que sempre
me apoiaram e deram todo o suporte necessário para
que eu pudesse chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Quintiliano e Marina, por fazerem-se presentes nos bons e maus momentos e por terem exercido, com louvor, o papel paterno.

Aos meus irmãos, Nicholas e Igor, com quem partilho brincadeiras, desavenças, teorias e conhecimento.

À minha companheira, Elaine, por ter dado todo o apoio necessário, desde o início da minha caminhada.

A todos os meus familiares, que, cada um à sua maneira, contribuíram para a realização dessa etapa.

Ao meu orientador Jailton, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos, assim como ao grupo de pesquisa de sua criação e a todos os seus membros, pelos frutíferos debates que possibilitaram a realização do presente trabalho.

Aos meus amigos mais próximos, por proporcionarem momentos de alívio e de comicidade, sem os quais a minha caminhada não teria sido a mesma.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

Por fim, àquele que nos observa lá de cima e é o responsável por traçar o meu passado, presente e futuro.

LIMA, Raphael Silva de Castro. **O Controle de Convencionalidade da Reforma Trabalhista**: violação dos postulados da busca do pleno emprego e da vedação ao retrocesso social. 2019. 89f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

RESUMO

O presente trabalho analisará o controle de convencionalidade da Lei nº 13.467 de 2017, responsável pela Reforma Trabalhista, em face dos princípios da busca do pleno emprego, da vedação ao retrocesso social e da proteção do trabalhador, além dos tratados internacionais que foram ratificados pelo Estado brasileiro. As pesquisas realizadas justificam-se por tais mudanças promovidas serem recentes e promoverem alterações profundas no direito do trabalho. Para esta pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo, diante do dever estatal em promover os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais, especialmente em tempos de crise. Utilizar-se-ão, também, os métodos histórico e comparativo, para que seja possível a análise comparativa e histórica e determinados institutos ou instituições. Como técnica de pesquisa, será adotada a documental indireta, através da busca por bibliografias acerca da temática e as consequências das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, buscando relatórios de entes nacionais e internacionais, tais como a OIT além de outros temas atinentes ao direito internacional geral e trabalhista, como o controle de convencionalidade. Serão consultadas jurisprudências dos mais variados tribunais, como forma de fomentar perspectivas práticas ao tema exposto e demonstrar como este é tratado atualmente. Diante disso, o objetivo geral do trabalho é aferir a compatibilidade entre a Reforma Trabalhista e os tratados internacionais, além dos objetivos específicos de verificar a influência neoliberal no contexto socioeconômico brasileiro; relacionar os principais institutos materiais que apresentam prejuízo aos direitos dos trabalhadores; e aferir a convencionalidade da Lei nº 13.467/17, em face do diálogo com a normativa internacional e constitucional, ante as alterações normativas que, em tese, têm promovido o retrocesso social na proteção do trabalhador. Os resultados alcançados demonstram que o ordenamento jurídico brasileiro possui instrumentos processuais aptos para que os juízes trabalhistas exerçam o controle de convencionalidade no direito do trabalho.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017. Controle de convencionalidade. Pleno emprego. Vedação ao retrocesso. Proteção do trabalhador.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FEDERAL
CAS – COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS
CCJ – COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA
CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CLT – CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO
CorteIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DUDH – DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS
FAP – FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO
IAC – INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA
IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA
IRDR – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
IRRR – INCIDENTE DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS
OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO
ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
RAT – RISCO AMBIENTAL DE TRABALHO
RE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RR – RECURSO DE REVISTA
SDI – SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS
STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRT – TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A INFLUÊNCIA NEOLIBERAL NO CONTEXTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO.....	14
2.1 NEOLIBERALISMO E DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS.....	14
2.2 A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	21
2.3 TRABALHO DECENTE, DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DA OIT NA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA SOCIAL.....	24
3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA BUSCA DO PLENO EMPREGO, DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR COMO PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA.....	28
3.1 O PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO E SUA RELAÇÃO COM A NOÇÃO DE TRABALHO DECENTE E COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. .	28
3.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL EM FACE DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOCIAL BRASILEIRO.....	36
3.3 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO CENÁRIO DE DESREGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	41
4 ASPECTOS NORMATIVOS DA REFORMA TRABALHISTA: MODERNIZAÇÃO OU RETROCESSO?.....	44
4.1 AS NOVIDADES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA NO QUE TANGE ÀS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE TRABALHO.....	44
4.2 AS ALTERAÇÕES DE DISPOSITIVOS RELATIVOS À DURAÇÃO DO TRABALHO E SEUS IMPACTOS NA VIDA DO TRABALHADOR.....	51
4.3 A GUINADA INTERPRETATIVA QUANTO À POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E O NOVO TRATAMENTO DADO ÀS INDENIZAÇÕES POR DANOS EXISTENCIAIS SOFRIDOS PELO TRABALHADOR..	54
5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO: A LEI Nº 13.467/2017 EM DIÁLOGO COM A NORMATIVA INTERNACIONAL-CONSTITUCIONAL.....	59

5.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE DIÁLOGO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAL E NACIONAL.....	59
5.2 A ANÁLISE DA INCONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO ARCABOUÇO JURÍDICO DA OIT.....	66
5.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE TRABALHISTA NO JUDICIÁRIO TRABALHISTA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PROCESSUAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES CONDIZENTES COM A NORMATIVA INTERNACIONAL.....	72
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista trazida pela Lei nº 13.467 de 2017 alterou a clássica noção de trabalho tradicional eivado de garantias, introduzindo a noção de um trabalho flexibilizado e parcial, indo de encontro com o princípio constitucional e programático da busca do pleno emprego e da vedação do retrocesso social.

A corte suprema brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), tem declarado a constitucionalidade de diversos dispositivos, questionados quanto à sua compatibilidade com a esfera protetiva que circunda o direito do trabalho e o próprio constitucionalismo social circunscrito na Carta Magna de 1988. Embora tenha sido declarada a constitucionalidade de muitos dos dispositivos, resta saber se, à luz das diversas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, a reforma trabalhista logra êxito em ser considerada convencional.

Nesta senda, apresenta-se o seguinte questionamento: sob o critério do controle de convencionalidade, a reforma trabalhista brasileira, promovida pela Lei nº 13.467 de 2017, está de acordo com os diversos tratados internacionais de direitos humanos, que abrangem a perspectiva da dignidade do trabalho pela proteção aos direitos sociais?

Considerando que, com a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, no RE 466.343-SP em 03 de dezembro de 2008, logrou-se uma conquista, deixando-se de equiparar os tratados de direitos humanos às leis ordinárias, passando aqueles a terem patamar materialmente constitucional, independentemente da aprovação pelo rito qualificado.

Tal tese adotada pelo STF é a base do raciocínio de que os tratados veiculados pela OIT e ratificados ou aderidos pelo Brasil têm eficácia paralisante sobre todo o ordenamento infraconstitucional e natureza, no mínimo, material constitucional, condicionando todos os poderes Executivo, Judiciário e, principalmente, o Legislativo.

É por meio destes que se constata uma das modalidades de controle de convencionalidade: a aferição de compatibilidade e o respeito aos tratados internacionais não foram observados por nenhum dos poderes. Primeiro, pelo Executivo, cujo projeto de lei que veio a originar a Lei nº 13.467/17 foi de sua proposta; pelo Legislativo, responsável por dar origem a uma lei sem o devido debate e com demasiada celeridade; e, por fim, pelo Judiciário, que necessita realizar uma interpretação sistemática da Constituição Federal e de seus princípios basilares, vedando-se qualquer inovação prejudicial ao trabalhador, por ferir não só os seus dispositivos, como também aqueles existentes nos tratados internacionais incorporados ao ornamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista que a Reforma Trabalhista é bastante recente, esse é o momento mais oportuno para a construção de uma jurisprudência em consonância com os tratados internacionais, pelo fato de que, em 2015, o novo Código de Processo Civil ter prezado pela força dos precedentes judiciais e pela necessidade de uniformização da jurisprudência dos tribunais. Ora, caso se inicie, desde já, a construção de entendimento com base no controle de convencionalidade, a tendência é a migração de um Poder Judiciário preso em seus entendimentos clássicos, para um em diálogo com os organismos internacionais.

Assim, diante dos diversos prejuízos que a Reforma Trabalhista acarretou (que serão analisados de maneira pormenorizada ao longo do trabalho), o próprio Poder Judiciário detém institutos para realizar o aludido controle, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), o incidente de assunção de competência (IAC), o incidente de uniformização de recursos de revista repetitivos (IRRR), além do procedimento de revisão ou alteração dos entendimentos sumulados ou constantes em orientações jurisprudenciais.

As pesquisas realizadas se justificam na medida em que são atuais, concernentes às mudanças promovidas de maneira recente, tanto pela Lei nº 13.467/17 quanto pelo Código de Processo Civil de 2015 e impactam diretamente milhares de trabalhadores.

A Reforma Trabalhista promoveu alterações profundas na estrutura do direito do trabalho. Foram inseridos institutos trabalhistas que geram diversos debates quanto à sua aplicabilidade, como o contrato de trabalho intermitente e o teletrabalho. Enquanto outros, já previstos, foram consolidados no texto legal ou modificados, como a possibilidade de haver a terceirização da atividade-fim e a alteração do regime de trabalho em tempo parcial. Todas essas modificações na estrutura do direito laboral, revelam a opção do legislador em promover maior flexibilização das normas laborais, ensejando debates e dúvidas interpretativas.

Quanto à temática do controle de convencionalidade, em que pese ser um assunto já discutido há certo tempo, continua presente no meio acadêmico e jurisdicional, pelo fato de ainda ser visto com ceticismo, principalmente na seara justtrabalhista. O aludido tema já pode ser encontrado com maior frequência na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e em outros Estados, mas, aqui, continua carecedora de maior atenção, especialmente na seara laboral, como já se afirmou.

A pesquisa alicerça-se na perspectiva teórico-jurídica acerca da reforma trabalhista, de modo a difundir uma visão crítica das mudanças observadas na Consolidação das Leis do Trabalho. Para isso, conduz-se a pesquisa através do método hipotético-dedutivo, pois pressupõe-se a imperatividade do Estado em realizar os direitos socioeconômicos e os

objetivos constitucionais ligados ao trabalho digno e a busca do pleno emprego, mormente no contexto de crise. Junto a isso, pressupõe-se a normatividade mínima estabelecida pelas convenções da OIT e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, como molde para que os ordenamentos jurídicos nacionais busquem se compatibilizar.

Também pretende-se utilizar os métodos histórico e comparativo, visto que, sempre que possível, serão feitos um escorço histórico de determinado instituto ou instituição, ou uma breve análise comparativa com situações encontradas em outros Estados.

Como técnicas de pesquisa, serão utilizadas a documental indireta, através da busca por bibliografias acerca da temática do pleno emprego e as consequências das alterações trazidas pela Lei nº 13.467 de 2017, buscando relatórios de entes nacionais e internacionais, tais como a OIT, além de outros temas atinentes ao direito internacional geral e trabalhista, como o controle de convencionalidade, recorrendo-se, além da OIT, ao sistema regional de direitos humanos. Serão utilizadas, também, jurisprudências dos mais variados tribunais, como forma de fomentar perspectivas práticas ao tema exposto e demonstrar como este é tratado atualmente.

Diante disso, consta como objetivo geral do presente trabalho a análise, sob o critério do controle de convencionalidade, de se a reforma trabalhista brasileira está de acordo com os diversos tratados internacionais dos direitos humanos. São objetivos específicos, também, verificar a influência neoliberal no contexto socioeconômico brasileiro; relacionar os principais institutos materiais que apresentam prejuízo aos direitos dos trabalhadores previstos constitucionalmente, principalmente naquilo pertinente ao pleno emprego; e aferir a convencionalidade da Lei nº 13.467/17, em face ao diálogo com a normativa internacional e constitucional, que visa a promoção do valor social do trabalho e do trabalho decente, ante as alterações normativas que, em tese, têm promovido o retrocesso social na proteção do trabalhador.

Para tanto, constrói-se o presente trabalho em seções, as quais são desenvolvidas da seguinte maneira: no capítulo 2 tratar-se-á de que modo a Reforma Trabalhista se insere em um contexto ainda maior de redução da intervenção estatal e de adoção de medidas flexibilizantes, tendentes à diminuição dos encargos sociais das empresas.

No capítulo 3, serão abordados os princípios da busca do pleno emprego, da vedação ao retrocesso social e da proteção do trabalhador e de que forma guardam relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. O entendimento principiológico será importante para basilar os capítulos seguintes.

No capítulo 4, será feita a análise da Reforma Trabalhista, estando o capítulo subdividido conforme a proximidade temática dos institutos alterados ou introduzidos, versando sobre as novas modalidades contratuais, as alterações quanto à duração do trabalho e quanto a outros institutos já existentes.

Por fim, o capítulo 5 introduzirá o tema do controle de convencionalidade, abordando-se o seu conteúdo e a sua aplicação, de modo a dialogar com temas de direito internacional. Em seguida, munido de temas de direito processual do trabalho, serão discutidas as ferramentas fornecidas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro que permitem a efetividade do referido controle.

2 A INFLUÊNCIA NEOLIBERAL NO CONTEXTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO

A Reforma Trabalhista consolidou um fenômeno há muito presente no contexto socioeconômico global, marcado pela flexibilização¹ dos direitos trabalhistas e pelo combate à intervenção estatal, sob o argumento de serem as mazelas que elevam os custos para iniciar um empreendimento e que oneram as empresas com encargos trabalhistas e sociais. Tal fenômeno consiste na guinada neoliberal, iniciada entre os anos de 1970 a 1980 e que busca resgatar o liberalismo de outrora, anterior à quebra da bolsa de Nova Iorque.

Por meio da proposição de modelos alternativos de contratação que conferem menos direitos aos trabalhadores e que buscam absorver aqueles que se encontram no mercado de trabalho informal, a tendência é a de, simultaneamente, mascarar os altos índices de desemprego e de atentar contra direitos fundamentais previstos nacional e internacionalmente que foram há muito conquistados e referendados pelos organismos internacionais, representando um atentado não só à dignidade da pessoa humana de cada trabalhador, mas também a todo o arcabouço jurídico e ideológico que culminou com a formação dos Direitos Humanos.

2.1 NEOLIBERALISMO E DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 e que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, trouxe notáveis mudanças no direito material e processual do trabalho, criando novas modalidades de contratação e alterando pontos importantes em institutos já existentes, tornando-se patente a alteração das noções que a legislação trabalhista concede à ideia de pleno emprego, por exemplo, passando a incentivar o *part time job*, em detrimento do *full time job*.

Em que pese a reforma tenha trazido uma gama de alterações e novidades, – mais de 100 dispositivos foram modificados, criados ou revogados – a mesma teve um trâmite célere nas casas legislativas, de 23 de dezembro de 2016, quando foi enviada à Câmara dos

¹Embora os termos “flexibilização” e “desregulamentação” serem tratados como sinônimos no presente trabalho, pelo fato de ambas mascararem a precarização dos direitos trabalhistas, há correntes que defendem serem teses distintas. Enquanto o primeiro significaria a adaptação das leis trabalhistas à realidade atual do direito do trabalho, aquela se traduziria pela substituição completa das normas trabalhistas por normas menos favoráveis ou por normas negociadas entre as partes, de maneira autônoma (BONNA, 2008, p. 61).

Deputados, até 11 de julho de 2017, quando foi aprovada pelo Senado, seguido pela sanção do presidente Michel Temer, em 13 de julho de 2017, tendo sido aprovado, em 04 de julho de 2017, o seu regime de urgência na tramitação. Vê-se, portanto, que houve uma vontade política em aprovar o texto, visto que outros projetos estão parados há anos.

Embora o então governo tenha utilizado como *lobbies* da reforma trabalhista a manutenção dos direitos trabalhistas (AMARAL *et al.*, 2017), a necessidade de modernização da legislação e o aumento do número de empregos², ressalta-se que a Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado Federal rejeitou a proposta de reforma trabalhista (POZZEBOM, 2017). Contudo, ela foi adiante, tendo sido aprovada na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e, em seguida, pelo plenário.

No que diz respeito à consulta pública, a população, de forma majoritária, se posicionou contra a aludida reforma³, por ferir diretamente os seus direitos trabalhistas e atentar contra a garantia de pleno emprego e vedação ao retrocesso social, insculpidos na Constituição Federal de 1988 (SENADO FEDERAL, 2017). Pelos fatos narrados acima, constata-se uma falta de diálogo social, durante o trâmite do projeto de lei.

Toda essa narrativa demonstrada acima se encaixa dentro de uma atual tendência liberal, de abrangência mundial, como se constata com as recentes eleições ocorridas nos Estados Unidos, na França e no Brasil, por exemplo.

As leis trabalhistas e a necessidade de desenvolvimento muitas vezes representam uma colisão de interesses:

No período contemporâneo, o direito do trabalho, embora mantendo os seus objetivos iniciais de tutela do trabalhador, passou a desempenhar, também, uma função coordenadora dos interesses entre o capital e o trabalho. As leis trabalhistas de defesa dos interesses dos assalariados passaram a conviver com outras normas destinadas a solucionar questões próprias de épocas de crise (NASCIMENTO, 2014, p. 46-47).

O neoliberalismo propõe o funcionamento livre do mercado, como forma de controle da inflação e conduzindo, natural e progressivamente, à redução do desemprego, por meio do enfraquecimento do poder de negociação dos sindicatos, da redução da intervenção estatal e do fim da seguridade social. Os problemas econômicos atuais, para os neoliberais,

² Ironicamente, Mariana Tavares de Melo (2007, p. 127-128), em sua dissertação de mestrado analisa medidas flexibilizadoras de outrora que não surtiram efeito positivo sobre a redução do desemprego ou o crescimento econômico.

³ Em resultado apurado em 19 de novembro de 2018, a consulta pública registrou um total de 172.166 pessoas se posicionaram contra o então Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017, ao passo que 16.789 se posicionaram a favor.

decorreriam das várias garantias sociais existentes atualmente, da participação dos sindicatos na elaboração de normas coletivas, buscando melhores condições de trabalho aos seus trabalhadores, dentre eles, um melhor salário, e do ócio daqueles que vivem – ou por que não dizer “sobrevivem”? –, do sistema de segurança social e das políticas de pleno emprego, tratados como defeitos de uma sociedade igualitária e justa (NUNES, 2003, p. 451).

A responsabilidade estatal em proteger os indivíduos de situações de miserabilidade e em reduzir a desigualdade de riqueza deve dar vez à responsabilidade própria individual, por consistir, na visão neoliberal, um atentado à liberdade individual (NUNES, 2003, p. 441).

Por outras palavras, “a diminuição dos salários reais é a condição indispensável e decisiva para que possa se reduzir o desemprego e possa se promover o (pleno) emprego” (NUNES, 2003, p. 431), pois, ao haver o aumento do lucro das empresas, estas reverteriam o lucro em investimentos privados que, por consequência, aumentariam a oferta de emprego, sem nos esquecermos, porém, de que a desigualdade econômica é inerente ao capitalismo, cabendo aos seus defensores a busca de uma maneira de legitimá-la. Já os trabalhadores, por suas vezes, investiriam em poupanças e programas de previdência privados.

Por mais que se possa argumentar que o Estado Liberal ou *laissez-faire* logrou êxito no passado, vale ressaltar que os séculos XVIII e XIX foram marcados pelo início da tecnologia nas indústrias, pela menor concentração de renda, pelo reconhecimento de poucos direitos civis e políticos aos trabalhadores, bem como pelas precárias formas de organização de classes. Atualmente, as formas de Estado situam-se sob a égide de uma economia com tecnologia altamente desenvolvida e em constante alteração, em um breve espaço de tempo, além de haver uma gama de direitos reconhecidos aos cidadãos, pondo em xeque a eficiência do estado liberal. Tanto é que Avelã Nunes (2003, p.433) afirma que a Grande Depressão dos anos 1929 a 1933 foi uma consequência das dificuldades que o estado liberal enfrentou, a partir das conquistas dos trabalhadores dos direitos civis e políticos e do sufrágio universal.

Eis que, nos Estados Unidos, adotou-se a política chamada *New Deal*, inaugurando o estado keynesiano ou de bem-estar social e tornando o desemprego uma questão sócio-política central nas sociedades democráticas, contrapondo-se ao darwinismo social liberal de superação dos mais fortes, que defendia que o desemprego seria um fenômeno natural, resolvendo-se através da flexibilidade dos salários, como já dito.

Para efeito de comparação das propostas liberais e de bem-estar social, José Carlos de Assis (2002, p. 50-52) demonstra que enquanto na Alemanha de 1930 foram propostos a redução de salários e o aumento de impostos, diante de uma taxa de desemprego que chegava a um quarto de sua população, a agenda americana de Roosevelt propôs a intervenção do

governo para aliviar o desemprego, por meio de reforma tributária para redistribuição de renda, da criação do seguro-desemprego, da instituição do salário-mínimo e da regulamentação do mercado acionário, arrematando o autor:

O capitalismo foi salvo, mas o que realmente se salvou foi uma forma diferente de capitalismo, o capitalismo do Estado intervencionista e regulador, de perfil socialdemocrata – o que o liberalismo detestava, tanto quanto o socialismo ou o comunismo, por ser visto como um insinuante e perigoso precursor destes últimos (ASSIS, 2002, p. 52)

Ademais, os defensores liberais podem argumentar o que lhes convier acerca do estado liberal e que foi positivo para o mercado. Contudo, jamais poderão afirmar que foi democrático:

Todas essas enormes restrições sociais, econômicas, políticas, institucionais e jurídicas enquadravam o Estado Liberal dentro dos marcos do liberalismo, é claro, porém jamais dentro dos marcos de um conceito real, consistente e efetivo de democracia. Em conformidade com esse primeiro paradigma do constitucionalismo, a sociedade política (o Estado e suas instituições) e a sociedade civil eram, no máximo, liberais; entretanto, de forma alguma, se tratava de Estado e sociedade democráticos (DELGADO, 2018, p.196).

Inegável, também, reconhecer que a existência de mais direitos leva à necessidade de uma maior atuação do Estado em corrigir injustiças sociais, fato esse que é rechaçado pelos neoliberais, sob o argumento de que as boas intenções de reforma e de transformações sociais são um dos inimigos da liberdade. Contudo, o neoliberalismo esquece-se das relações de poder existentes e que, porventura, esfacelam a noção de liberdade e de igualdade material dos indivíduos.

O modelo de política neoliberal surgido na década de 1980 vai de encontro à política de promoção de pleno emprego, propondo o superávit público que geraria excedentes exportáveis e a privatização de empresas estatais produtivas, vedando que o Estado contraísse dívidas para a veiculação de políticas públicas e convertendo o patrimônio público em patrimônio privado (ASSIS, 2002, p. 130). A consequência da política neoliberal seria não só o aumento do desemprego, mas também a sua transformação em um problema estrutural, pois haveria a incorporação de novas tecnologias e aumento da produtividade, sem diminuição do desemprego (ASSIS, 2002, p. 63).

É por isso que se diz que o neoliberalismo representa, na verdade, uma contrarrevolução liberal que busca mudar o foco da acumulação do capital no sistema

produtivo e com alta intervenção estatal para o sistema especulativo, com atuação mínima do Estado (ASSIS, 2002, p. 132).

É um erro supor que apenas as políticas econômicas acabarão com o desemprego se todos os recursos do Estado se destinarem ao exterior, nas mãos de interesses privados. É por isso que a política de promoção do pleno emprego busca que o Estado emita títulos públicos a particulares, endividando-se, sim, mas resultando em aumento dos investimentos no setor privado. Com o aumento dos investimentos nesse setor, a tendência é que haja um aumento no número de postos de trabalho e no lucro (ASSIS, p. 128-129). Tal política foi adotada no período pós-Segunda Guerra Mundial, principalmente, pelos Estados industrializados.

Importante notar, também, a guinada conservadora ocorrida após o período da Grande Depressão, marcado por uma maior preocupação dos cidadãos com a inflação do que com o desemprego, pois os desempregados não teriam sua sobrevivência ameaçada, em virtude da existência da proteção estatal mediante a seguridade, na visão deles. A aludida guinada, no Brasil, não possui perspectivas de enfrentamento:

Aqui é fácil ver o que tem que ser feito, a fim de tornar compatível a realidade social com a cidadania ampliada. Difícil é superar as condições internacionais objetivas que, combinadas a resistências ideológicas externas e internas, se antepõem a qualquer projeto de mudança que se pretenda eficaz. No campo da ideologia, um claro embaraço decorre do fato de que, politicamente, os defensores da justiça social tenham que aparecer como conservadores (das conquistas passadas), enquanto os darwinistas sociais se apresentam como modernos (ASSIS, 2002, p. 76).

Diante disso, falar da Reforma Trabalhista, enfim, é falar da tendência global e atual da busca de redução ou total retirada de direitos sociais, sob a justificativa de fortalecimento da economia e do incentivo ao desenvolvimento econômico, que segue uma lógica capitalista que beneficia apenas os detentores de grande capital, evidenciando um avanço incondicional do neoliberalismo, que busca se desligar de qualquer viés social.

Há autores que vão ao extremo em alegar que a política neoliberal é inconstitucional, por ferir o modelo econômico de bem-estar proposto pela Constituição Federal de 1988, por submeter áreas de interesse público ao crivo privado, como a saúde e a educação, e por desrespeitar os fundamentos impostos no art. 3º da Constituição Federal, dentre eles o de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, que também se encontram previstos no art. 170, vinculando o poder Executivo nos futuros programas de governo a serem adotados.

A intervenção estatal não significa a falta de inovações e investimentos, tanto que o histórico brasileiro nos governos de Getúlio Vargas, de Juscelino Kubitschek e, até mesmo,

durante a ditadura militar, o papel de inovador cabia ao estado, arcando com todos os custos, e não aos empresários estrangeiros e nacionais (GRAU, 2010, p. 45).

Para o neoliberalismo, segundo essa visão, ser efetivamente implantado, deve-se, antes de tudo, alterar o texto constitucional e, mesmo se isso ocorresse, não lograria sucesso. Primeiro, por atender aos interesses exclusivos de investidores e reduzir os custos das empresas; segundo, por ter fracassado no sentido de não ter conseguido, até então, retomar o capitalismo de outrora, durante o período industrial, além de ter, socialmente, alcançado os objetivos de criar sociedades mais desiguais, mesmo sem ter conseguido anular a atuação estatal (ANDERSON, 1995, p. 12).

Embora o trabalho não esteja em vias de desaparecer por completo, por ser necessária uma interação, ainda que reduzida, entre o trabalho vivo (feito pelos trabalhadores) e o morto (feito pelas máquinas), certo é que as empresas estão adotando modalidades de organização mais enxutas, buscando incrementar a utilização do trabalho morto e aumentar a produtividade, em tempo cada vez mais curto. É por isso que se diz que uma das facetas do capitalismo é a necessidade cada vez menor do trabalho estável e maior do trabalho subproletariado (aquele parcial, terceirizado ou precarizado), a que se dá o nome de liofilização organizacional. A outra faceta seria, por óbvio, a capacidade de descartar bilhões de pessoas, tornando-as desempregadas ou em condições precárias de trabalho (ANTUNES, 2005, p. 26-28).

O neoliberalismo seria, portanto, antissocial, por ameaçar a própria sociedade civil, por meio da exclusão social, por suscitar a concorrência entre os indivíduos e a destruição do serviço público, bem como utilizar imoderadamente os recursos naturais. Estaria patente a contradição entre o neoliberalismo e a democracia (GRAU, 2010, p. 49):

[...] é eticamente inaceitável viver em uma sociedade que se fratura cada vez mais; é inaceitável viver nessas condições de desigualdade na distribuição de renda (desigualdade que se amplia cada vez mais); é extremamente inaceitável viver em um país onde são tão profundas as diferenças sociais entre pobres e ricos e, sobretudo, também onde essas desigualdades são tão acentuadas entre os próprios pobres (SALAMA, 1995, p. 53 apud GRAU, 2010, p. 48).

O Estado passa a ser visto como inimigo, sendo necessárias a desregulamentação do mercado; a eliminação de qualquer protecionismo; e a remoção de quaisquer cláusulas sociais, mesmo havendo o paradoxo de que as taxas de crescimento durante o período intervencionista foram maiores do que em períodos neoliberais (GRAU, 2010, p. 50-51).

Estaríamos diante de uma nova morfologia do trabalho, marcada pela substituição do trabalho manual direto pelo trabalho intelectual, em virtude de se buscarem inovações; pela ampliação do conceito de classe trabalhadora, passando a considerar, além dos trabalhadores manuais diretos, aqueles atrelados indiretamente ao processo de valorização do capital, mas que são necessários para o sistema, como os terceirizados, os trabalhadores em regime parcial e os desempregados que integram o exército de reserva.; pelo menor sentimento de pertencimento à classe; e por uma subdivisão da classe trabalhadora, em que aqueles em condições mais precárias adotam ações mais radicais, ao passo que os mais qualificados tendem a compartilhar interesses com a classe empresária.

Em que pese os argumentos acima de autores renomados advogando pela total incompatibilidade entre o sistema neoliberal e o ordenamento jurídico brasileiro atual, entendemos que é possível, sim, haver a coexistência entre ambos. Contudo, mais uma vez, o capitalismo deve exercer aquilo que é o motivo de continuar existindo até hoje: a sua capacidade de se modular a cada situação, transformando-se.

Os Estados e atores econômicos – e aqui estão incluídos os organismos internacionais, como o Fundo Monetário Nacional – devem assumir responsabilidades e, voluntariamente, reconhecer limites ao avanço neoliberal, sob pena de sacrificar não só o próprio capitalismo, como também a sociedade como um todo. Seria o chamado efeito autofágico do neoliberalismo (GRAU, 2010, p. 57), que busca atacar os próprios direitos sociais e individuais que outrora foram conquistados, seja durante o estado intervencionista, seja durante o início do estado liberal, marcado pela conquista dos direitos de liberdade formal:

Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu o seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito. O discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. Pois é contra as liberdades formais, no extremo, que o discurso neoliberal investe (GRAU, 2010, p. 55).

Fato é que a Constituição Federal de 1988 é eclética, abarcando interesses diversos e buscando a conciliação destes, e, em que pese estejamos sobre um período de forte tendência neoliberal, não podemos deixar de buscar a conciliação entre o Estado capitalista e a legitimação social, para a própria sobrevivência daquele (NUNES, 2003, p. 456), motivo pelo qual a reforma trabalhista nos levar a crer que a busca dessa aludida conciliação foi rompida, de forma a favorecer um lado do jogo de poderes existentes na sociedade brasileira.

2.2 A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Diante da tendência da mais alta corte brasileira – o Supremo Tribunal Federal – de posicionar-se pela constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 e que atestam o avanço neoliberal de esfacelamento dos direitos sociais, vide os julgados na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5794) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 324), em que, respectivamente, foi decidido pela constitucionalidade do fim da contribuição sindical e da possibilidade de terceirização da atividade-fim, questiona-se o compromisso prestado pelo Estado brasileiro, diante dos diversos tratados internacionais de direitos humanos existentes e em pleno vigor no plano normativo interno.

Algumas mudanças atingiram a esfera da empregabilidade e da proteção dos direitos sociais dos trabalhadores que compõem o núcleo mínimo que é parte da compreensão de dignidade da pessoa humana. É nessa perspectiva, que se reconhece que as modificações trazidas pela aludida lei não encontram guarida no direito internacional.

A sujeição do Estado Brasileiro aos tratados internacionais e a sua participação nos organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), promovem uma abertura e uma sujeição à pluralidade das orientações relativas aos direitos humanos, garantindo a supremacia e a proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas faces.

Nesse sentido, uma vez reduzidos direitos que compõem o núcleo de proteção à dignidade dos trabalhadores, faz-se necessário analisar a compatibilidade da Reforma às normas internacionais, como parâmetro para aferição da compatibilidade entre a normatividade interna e as diversas convenções internacionais da OIT e demais documentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, bem como as manifestações de organismos internacionais, no período que precedeu a criação da nova legislação, procedimento de aferição este que, comumente, vem sendo definido como controle de convencionalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como forma de se opor à clássica lógica imposta pela Paz de Westfália, baseada na afirmação de soberania e independência dos Estados, procurou limitar a atuação discricionária destes com os seus jurisdicionados. Os cidadãos passam, agora, a ser detentores de direitos (LAFER, 2015, p.5). Dentre esses direitos, nos artigos 22 a 25, a declaração prevê os direitos sociais, como o direito ao trabalho, a condições justas de trabalho, à remuneração e a um padrão de vida

condizentes com sua existência digna e da sua família, além do repouso, lazer, e limitação das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Importante ressaltar, ainda, que a OIT foi fundada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, logo após a Primeira Guerra Mundial, sendo uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente e um dos organismos da ONU, com a finalidade de promover a padronização e harmonização das condições laborais, mediante negociação e celebração de convenções internacionais, estruturada de maneira tripartite, com representantes dos governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de todos os 187 Estados-membros.

A OIT é considerada uma das fontes materiais da DUDH, ou seja, um dos elementos configuradores que explicam o seu surgimento e a internacionalização dos direitos humanos (LAFER, 2015, p. 13), além de demonstrar a convicção dos pactuantes de que não só a justiça social seria um dos meios para se lograr a paz universal e duradoura, de forma a não serem repetidos os excessos cometidos durante o período de industrialização dos Estados, como também haveria uma interdependência econômica e uma necessidade de cooperação entre os diversos Estados, para se alcançar a igualdade de condições de trabalho (ROMAR, 2018, p. 764).

Em 1944, a Declaração de Filadélfia anexou à Constituição da OIT a carta contendo os princípios fundamentais do direito internacional do trabalho, que são a vedação à mercantilização do trabalho humano, como forma de evitar a precarização ou desregulamentação das relações de trabalho; a proteção à liberdade de expressão e de associação, permitindo a livre associação patronal ou profissional; o estabelecimento de padrões mínimos mundiais como forma de evitar condições miseráveis de trabalho humano; e, por fim, o princípio democrático da OIT, que seria a estrutura tripartite, acima relatada (BONFIM, 2017, p.34-35).

Junto a esses princípios, dentre as diversas convenções elaboradas pela OIT, algumas foram consideradas fundamentais, por envolverem temas como a liberdade de associação e a negociação coletiva, a eliminação do trabalho forçado e infantil e a eliminação da discriminação no emprego, ao passo que outras foram consideradas prioritárias – dentre elas, a Convenção nº 122, que será tratada mais à frente e que estabelece uma política de promoção do emprego e do desenvolvimento econômico.

O conjunto das convenções fundamentais e prioritárias, somadas aos princípios fundamentais da Declaração de Filadélfia e das normas de segurança e saúde do trabalho

contêm a dimensão ética dos direitos humanos e, conseqüentemente, são consideradas normas de direitos humanos (BONFIM, 2017, p. 53).

Há argumentos humanitários e econômicos que buscam justificar a origem da OIT:

O primeiro reside na projeção intencional de eliminação das condições degradantes de labor, eminentemente provocadas pela voracidade do capitalismo industrial. Em relação aos fundamentos econômicos, esses consistiam na tentativa de estabelecer condições laborais internacionais mínimos para evitar que condições degradantes de labor utilizadas por alguns países não fossem possíveis de serem praticadas, assim evitando que políticas estatais que gerariam o que alguns denominam como praxe de *dumping* social. Estabelecer condições internacionais trabalhistas fixas, ainda que mínimas, obstaría o alcance de vantagens econômicas e comerciais por Estados nos quais a legislação juslaboral não se desenvolveu satisfatoriamente, o que resulta em alta competitividade comercial, baseada no baixo custo trabalhista e exploração de condições degradantes de trabalho (grifo do autor) (BONFIM, 2017, p.32).

A OIT possui convenções que versam sobre os mais diversos temas atinentes a direitos sociais que, frise-se, podem ser reivindicados judicialmente no Estado e internacionalmente, perante os organismos internacionais, por estarem previstos tanto nos ordenamentos jurídicos estatais, quanto internacionais. Embora as convenções tratem de matérias trabalhistas, há uma corrente que advoga a tese de que nem todas fazem parte da categoria de padrões mínimos que se busca alcançar, podendo-se dizer que nem todas as convenções da OIT podem ser consideradas tratados de direitos humanos (BONFIM, 2017, p.48), mas aquelas que o são e foram ratificadas e internalizadas pelo estado brasileiro poderão ser objeto do controle de convencionalidade, por possuírem o caráter de, pelo menos, normas formalmente supralegais, mas materialmente constitucionais (CORDEIRO, 2018, p. 390).

Contudo, respaldado por uma interpretação extensiva de direitos humanos, o direito internacional do trabalho como um todo está inserido nessa categoria e, caso assim não se entenda, os seus pilares essenciais assim o estão, por versarem sobre as condições mínimas que cedem dignidade ao trabalhador, combatendo-se a miséria e prezando pela sua integridade físico-psíquica, cabendo à OIT o papel de órgão global, responsável por dar a última palavra quanto ao assunto, na seara internacional:

A despeito de não existir um conceito certo e determinado do que sejam direitos humanos, suas características particulares habitualmente apontadas, bem como o consenso entre estados da existência de um mínimo de direitos inerentes ao tripé em que se sustenta a doutrina humanista – ética, dignidade e cidadania –, induzem à conclusão de que se tratam de direitos supranacionais, observados independentemente das leis internamente vigentes. Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho assume o protagonismo internacional acerca dos direitos humanos aplicáveis às relações de trabalho – e não só do trabalhador –, tendo em vista que empregado e empregador são sujeitos de direitos, conquanto haja certa

prevalência da proteção obreira incitada principalmente por figurar como parte hipossuficiente da relação laboral (BONFIM, 2017, p. 38).

Pela explanação acima e que será tratada mais à frente, bem como com fulcro no Relatório do Comitê de Peritos, exigindo esclarecimentos e revisões por parte do estado brasileiro (ILO, 2018, p.81) vê-se que os direitos sociais também detêm representatividade no arcabouço jurídico internacional, arcabouço este em que o Brasil se insere, tendo que se submeter e agir em conformidade.

2.3 TRABALHO DECENTE, DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DA OIT NA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA SOCIAL

Como adiantado anteriormente, a OIT detém, na seara internacional, o importante papel de estabelecer uma padronização mínima de direitos trabalhistas, visando à efetivação destes nos ordenamentos nacionais dos Estados, sendo responsável pela promoção da justiça social e dos direitos humanos e trabalhistas reconhecidos internacionalmente. A padronização dá-se por meio de normas internacionais de trabalho, elaboradas pela própria organização, que se materializam sob forma de convenções, protocolos, recomendações, resoluções e declarações.

As convenções e protocolos estabelecem padrões a serem seguidos por todos os Estados ratificantes, tendo em vista que foram incorporados ao sistema jurídico pátrio de forma total, tendo caráter vinculante nas diversas órbitas, seja ela legislativa, administrativa ou executiva. As recomendações, por sua vez, não têm caráter vinculante, complementando uma convenção, ou servindo de guia para futuras políticas públicas a serem adotadas. As resoluções tratam de matérias específicas, de maneira a orientar tanto a própria OIT, quanto os demais estados-membros, ao passo que as declarações buscam criar princípios gerais de direito internacional.

Já no que diz respeito à efetivação dos direitos contidos nas normas internacionais, a OIT vale-se de instrumentos e de órgãos responsáveis por fiscalizar o respeito àquelas, seja ratificando-as ou adequando as suas legislações internas. A Comissão de Peritos, já citada, é apenas um dos órgãos, sendo responsável por exigir informações dos estados-membros quanto às convenções ratificadas e por elaborar relatórios anuais. Já o Comitê de Liberdade Sindical recebe reclamações (de iniciativa dos empregados ou empregadores) ou queixas (de iniciativa dos Estados) quanto a possíveis violações em negociações coletivas e de princípios sindicais.

Há, também, um canal por meio do qual é possível aos Estados-membros, aos trabalhadores e aos empregadores apresentarem, respectivamente, queixas e reclamações contra outros Estados que não estejam cumprindo determinada convenção. Por fim, há a Conferência Internacional do Trabalho, responsável por decidir as políticas da organização e elaborar as normas internacionais e a Repartição Internacional, que é a secretaria permanente da OIT, responsável pela coordenação de suas atividades e pela documentação, pesquisa e publicação de estudos e relatórios.

Fazer cumprir as normas internacionais ratificadas é tão ou até mais importante que a própria ratificação, tendo em vista que o processo de implementação, como será adiante visto, envolve também dar vida às normas, incorporando-as ao terreno nacional das normas (JAVILLIER, 2004, p.136-144).

Esse breve resumo das funções e do funcionamento da OIT, junto com princípios fundamentais do direito do trabalho já citados acima, demonstram o papel do direito internacional do trabalho em efetivar os direitos sociais de maneira global, respeitando-se os direitos fundamentais dos trabalhadores e concretizando o chamado trabalho decente, conceito tratado pela organização (ao qual voltaremos ao falar sobre o pleno emprego) e que remete à noção daquele labor realizado em condições de segurança, liberdade, igualdade e dignidade:

Nesse sentido, visando a melhor das condições de vida dos indivíduos, implica na existência de: (i) oportunidades para encontrar um emprego produtivo com rendimento justo, que garanta aos trabalhadores e suas famílias desfrutar uma qualidade de vida decente; (ii) liberdade para a escolha do trabalho e a livre participação em atividades sindicais; (iii) condições de tratamento justo aos trabalhadores, sem discriminação de modo a que sejam capazes de conciliar trabalho e responsabilidades familiares; (iv) condições de segurança para proteger a saúde dos trabalhadores e proporcionar-lhes a proteção social adequada; (v) condições de dignidade humana para que todos os trabalhadores sejam tratados com respeito e possam participar na tomada de decisão sobre suas condições de trabalho (KON. 2012, p. 9).

A criação do trabalho decente representa, portanto, a existência de condições econômicas e trabalhistas que asseguram aos trabalhadores e empregadores as suas participações no desenvolvimento econômico. Com base em Carla Teresa Martins Romar (2018, p. 764), o aludido conceito foi formalizado pela OIT no ano de 1999 e condensa a ideia de que a organização busca superar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento sustentável e os regimes democráticos, diante de um contexto de crescimento da economia global que, se por um lado gerou oportunidades e benefícios, também trouxe desigualdades econômica entre Estados e social entre cidadãos, gerando pobreza, instabilidade social, conflitos e improdutividade (ROMAR, 2018, p. 798).

São, portanto, pilares do trabalho decente: a criação de postos de emprego, não só para os trabalhadores formais, mas também para os assalariados informais e autônomos; a regulação efetiva dos direitos laborais, evitando-se o descompasso entre o arcabouço protetor do trabalhador e a realidade; a proteção social, protegendo-se aqueles que se encontrem em situação de fragilidade, como é o caso do Brasil, mediante a seguridade social; e, por fim, o diálogo social e democrático, entre trabalhadores, empregadores e o Estado (CECATO, 2012, p. 29-37).

Devemo-nos lembrar, ainda, que o trabalho constitui o principal meio de o indivíduo exercer um outro direito inalienável: participar e contribuir para um desenvolvimento econômico, social, cultural e político no qual todos os direitos possam ser usufruídos. É através desse direito que o trabalhador participa da produção de bens e serviços, na movimentação da economia e no crescimento e desenvolvimento econômicos (CECATO, 2012, p.27)

A participação do trabalhador tem o aspecto de sua contribuição para o coletivo e, ao mesmo tempo, resulta em retribuição para o próprio bem-estar material do trabalhador. O trabalho representa o elo mais estreito do indivíduo com a sociedade. É o instrumento de concretização da inserção social. Envolve também um âmbito psicológico e emocional. O trabalho se traduz em estabilidade em todos os seus aspectos. É um instrumento de integração, opondo-se ao desemprego (CECATO, 2012, p. 28).

A negação do trabalho constitui negação da participação do trabalhador em todas as dimensões do desenvolvimento. É através do desemprego que o trabalhador se vê destituído de seu sustento, bem como se sua vida social e cultural, ficando suscetível a discriminações e violações de direitos. Portanto, o trabalhador só poderá contribuir, efetivamente, com o desenvolvimento através do emprego, sendo necessária sua participação e contribuição, sempre que ele não tiver condições próprias de acesso. Tal dever de providência cabe ao Estado (CECATO, 2012, p. 28).

De forma a respaldar a busca pelo trabalho decente foi que, em 1998, a Conferência Internacional do Trabalho expôs os princípios fundamentais do trabalho, que são de observância obrigatória de todos os Estados-membros da organização e estão diluídas em oito convenções fundamentais, que são o direito à liberdade sindical e o de negociação coletiva; a eliminação do trabalho forçado; a abolição do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação no trabalho (OIT, 2018, p. 18).

Nota-se a ampla competência que a OIT detém, pois não se limita às matérias trabalhistas ou de segurança social (*ratione materiae*) abrangendo todas as questões que

tenham alguma conexão com o trabalho, ou às matérias envolvendo relações individuais ou coletivas de trabalho e pessoas dos sistemas de previdência social (*ratione personae*), alcançando todo ser humano (SÜSSEKIND, 1998, p.27).

Nos termos de Arnaldo Süssekind (1998, p. 27):

[...] além de referir-se a questões típicas de Direito do Trabalho e Seguridade Social, incluiu, entre os programas que a OIT deve fomentar: a **plenitude do emprego** e a elevação dos níveis de vida; a formação profissional e a garantia de iguais oportunidades educativas e profissionais; a colaboração entre empregadores e empregados na preparação e aplicação das medidas sociais e econômicas; a proteção à infância e à maternidade e a promoção de alimentos, habitação, recreação e cultura adequados (art. III). E estabeleceu que a OIT deve colaborar com os demais organismos internacionais competentes visando à adoção de medidas sobre a expansão da produção e do consumo, sem graves flutuações, o progresso econômico e social das regiões menos desenvolvidas, o favorecimento de um comércio internacional de volume elevado e constante, a melhoria da saúde, o aperfeiçoamento da educação e o bem-estar de todos os povos (art. IV) (grifo nosso).

O destaque feito no texto acima será oportunamente tratado nos capítulos futuros, que buscarão explicar a principiologia envolvendo o pleno emprego, mas desde já fica demonstrado o largo espectro de atuação da OIT.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA BUSCA DO PLENO EMPREGO, DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR COMO PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA

Tendo em vista que já fora feita a análise da Reforma Trabalhista à luz do contexto atual, no qual o Estado brasileiro se encontra, torna-se importante analisá-la, agora, diante dos princípios constitucionais, em especial o da busca do pleno emprego e o da vedação ao retrocesso social, conjugado com outros já citados, como o da dignidade da pessoa humana, o do primado do trabalho e o da proteção.

Para tanto, serão feitas abordagens terminológicas atinentes aos aludidos princípios e como eles se relacionam, além de outros conceitos que porventura auxiliem no entendimento da construção argumentativa.

3.1 O PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO E SUA RELAÇÃO COM A NOÇÃO DE TRABALHO DECENTE E COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Trata-se a Constituição Federal de 1988 de uma representação do chamado neoconstitucionalismo, em detrimento do tradicional positivismo jurídico, que começa a sofrer sua derrocada com o fim da 2ª Guerra Mundial, a partir das derrotas do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália, marcados pelo cometimento de atrocidades, respaldados pela lei.

O surgimento do neoconstitucionalismo representa a ascensão do papel dos princípios no ordenamento jurídico, a utilização do método da ponderação no lugar da subsunção, ao resolver conflitos entre normas, a coexistência de valores aparentemente contraditórios entre si, e, por fim, a consciência de que a Constituição, como lei maior de um Estado, estará presente na solução de todos os conflitos e na interpretação em todas as searas jurídicas, ao passo que há um afastamento da velha noção de juiz atuando como sujeito passivo e mero instrumento da chamada vontade do legislador, que se utilizaria apenas de métodos lógico-subsuntivos, ignorando os fatos da realidade (SILVA, 2016, p. 106).

Agora, o juiz não só detém maior autonomia para analisar o caso concreto à luz dos fatos que o circundam, como também deve considerar todo o peso do manancial principiológico presente no ordenamento jurídico brasileiro, antes de oferecer uma decisão. Ele deve considerar que da Constituição emana uma força normativa, justificando a transição de um Estado meramente legalista para um Estado Constitucional de Direito:

O conceito de Estado Democrático de Direito – inovação singular do novo constitucionalismo humanista e social – bem sintetiza a natureza, os objetivos e a força dessa nova matriz constitucional com respeito à estruturação da sociedade política e da sociedade civil. E este conceito, conforme dito, é que expressa um dos principais eixos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 (DELGADO *et al*, 2018, p. 199).

É diante desse panorama que se deve considerar o papel dos princípios que serão tratados no presente capítulo, ao serem confrontados com a Reforma Trabalhista, quais sejam o da busca do pleno emprego, o da vedação ao retrocesso social, o do valor social do trabalho e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana, princípio este que todo o ordenamento jurídico deve ter como norte e que criará as bases de sustentação dos demais princípios.

Antes de serem abordadas as modificações causadas pela Reforma Trabalhista e após delimitar o contexto em que se encontram os princípios, torna-se importante, primeiro, delimitar os conceitos de emprego, de pleno emprego, de relação de emprego e de trabalho, que trazem à baila conhecimentos atinentes ao campo econômico e trabalhista, além do conceito de relação de trabalho, por ser comumente tratado como similar à relação de emprego.

Emprego seria um meio de subsistência, através de salário ou outro tipo de remuneração, que o indivíduo faz jus, ao ter executado o trabalho de maneira regular, seja em um ofício, serviço, cargo ou função, enquanto trabalho seria o esforço físico ou psíquico, inerente ao homem e realizado de maneira voluntária e consciente por este, com uma finalidade produtiva (BARROS, 2016, p. 46).

Indo além, a relação de emprego é apenas uma das várias modalidades de relação de trabalho, sendo esta qualquer modalidade de contratação de trabalho humano, que resta configurada apenas com a presença de certos elementos, que podem ser extraídos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A CLT, ao tratar da relação de emprego, afirma que são as suas características a pessoalidade (quando um dos sujeitos presta, pessoalmente, serviços para outro), a não-eventualidade (o serviço deve ser necessário à atividade normal do empregador), a subordinação jurídica ao empregador e a remuneração pelos serviços executados (BARROS, 2016, p.147).

Todas essas acepções se reúnem sob uma única perspectiva, que é o objetivo primordial, a promoção de novas oportunidades de trabalho. Nessa medida, o conceito de pleno emprego, sob a ótica econômica, traduz um determinado momento em que a população economicamente ativa (aquela que possui potencial de mão de obra) consegue atingir o

volume máximo de atividade que ela própria é capaz de produzir. Por outras palavras, a situação de pleno emprego é aquela em que todo indivíduo que busca se inserir no mercado de trabalho, consegue, efetivamente, uma ocupação, encontrando trabalho remunerado (KON, 2012, p. 7).

Tal situação não só evita desperdícios de capital e de trabalho, mas também serve para fomentar a melhoria da qualidade de vida da população, pois, pelo fato de haver um equilíbrio entre a oferta e a demanda de trabalho, inexistente desemprego, no sentido de haver maior demanda de trabalho do que oferta deste.

O contrário dessa situação de pleno emprego é o desemprego, ou, mais acertadamente, desocupação, tendo em vista que não se trata apenas daqueles que não possuem relação de emprego, mas igualmente aqueles que não possuem trabalho remunerado. Tais considerações são importantes, tendo em vista que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para efetuar as pesquisas oficiais referentes à população e que serão utilizadas pelo governo, considera como desocupado aquele que procurou trabalho ativamente no período de referência da pesquisa, e como ocupado aquele que, mesmo não possuindo relação empregatícia, encontra-se em trabalho de expediente curto ou nos chamados bicos (ASSIS, 2002, p. 18-19).

Isso explica o desencontro entre as informações oficiais prestadas pelo IBGE e os índices encontrados pelo Censo de 2000 (que, curiosamente, também são feitos pelo IBGE), de forma que este condiz melhor com a realidade, sem mascarar números⁴.

Só seriam admitidas duas formas de desemprego: o friccional ou natural, que ocorre quando alguns indivíduos saem da sua ocupação para procurar outra, ou quando o indivíduo está em um período de transição, entre ocupações distintas; e o voluntário, quando o trabalhador opta por não trabalhar, pois não aceita a remuneração oferecida pelo mercado, ou está mudando de emprego.

A noção acima exposta é, comumente, a denominada neoclássica, rechaçada pela corrente keynesiana, pelo fato de aqueles não conseguirem explicar o desemprego involuntário (quando há pessoas dispostas a trabalhar pela remuneração oferecida pelo mercado, mas não conseguem emprego). Para os adeptos do keynesianismo, o sistema capitalista em vigor seria incapaz de empregar todos os que desejam se inserir no mercado de trabalho, sendo necessária uma intervenção estatal, e que a demanda de emprego seria diretamente proporcional à produção da economia.

⁴ Em 2000, as taxas oficiais desemprego do IBGE foram de 7,1%, ao passo que o Censo de 2000 verificou uma taxa de 15,04% no ano.

Uma terceira noção do pleno emprego é que já foi tratada no capítulo anterior advém da Organização Internacional do Trabalho, que o considera como essencial para dirimir a pobreza, a fome e a desigualdade social, bem como promover o desenvolvimento econômico, aqui no seu sentido mais amplo. O pleno emprego significaria então uma mudança estrutural, ou seja, o desenvolvimento como meio transformador na relação e nas proporções internas do sistema econômico, com vistas aos avanços econômicos e sociais (QUEIROZ, 2011, p.146).

É por isso que o pleno emprego deve ser posto como um objetivo a ser realizado pelas políticas públicas macroeconômicas⁵, tanto em âmbito nacional quanto a nível internacional, e para se atingir tal finalidade, deve-se incentivar o desenvolvimento das pequenas e microempresas, por serem as principais criadoras de empregos no mundo, bem como criar programas especiais de emprego para jovens, que são aqueles que mais enfrentam dificuldades para se inserirem no mercado de trabalho, muitas vezes devido a uma formação educativa precária (OIT, 2017). Cabe unicamente ao Estado a promoção das políticas macroeconômicas de pleno emprego, mediante a adoção de políticas fiscal e monetária.

Dentre outros meios de combate ao desemprego de larga escala e a extensão do emprego informal, fenômenos de difícil inversão, há a manutenção dos níveis salariais; o oferecimento de suporte aos candidatos a emprego, como por meio de ações políticas ativas do mercado de trabalho ou de programas de formação profissional que fomentem a criação de empregos independentes e remunerados; evitar a perda de emprego, por meio de incentivos às empresas para manter seus trabalhadores; a criação de empregos que englobem a economia informal (empregos decentes, não-precários); o aumento de investimento em pesquisas que desenvolvam serviços verdes e a criação de empresas sustentáveis, como forma de criação de novas modalidades de emprego e, ao mesmo tempo, estimular a atividade econômica sustentável (OIT, 2009).

A busca do pleno emprego, no entanto, não justifica a utilização de trabalho infantil ou do trabalho forçado, formas de trabalho que devem ser combatidas e erradicadas. Da mesma forma, os direitos laborais e um ambiente de trabalho seguro e protegido devem ser garantidos a todos os trabalhadores, principalmente aqueles mais vulneráveis (OIT, 2017).

Por óbvio que a última noção apresentada busca abordar diretamente os princípios inerentes a todo ser humano e, conseqüentemente, ao trabalhador. É por isso que o termo

⁵ Conforme constava no sítio eletrônico da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda até o ano de 2018, “a política macroeconômica refere-se ao conjunto de medidas adotadas pelo Governo visando afetar agregados econômicos, como crescimento da economia, inflação, taxa de desemprego, balanço de pagamentos e distribuição de renda. Para a formulação e tomada de decisões de política econômica, é fundamental a avaliação oportuna e consistente da evolução da economia e de diferentes estratégias e alternativas de política.” (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018).

pleno emprego acaba sendo demasiado restritivo, pois, como mostrado acima, acaba por se referir apenas aos que estão sujeitos a uma relação empregatícia, olvidando-se daqueles que constituem outras relações de trabalho, ou estão no âmbito do espaço de trabalho informal, sendo mais aceitável a substituição do conceito para pleno trabalho, plena atividade, plena ocupação ou plenas condições de labor (SANTOS, p. 5254).

Uma quarta corrente ampliativa considera o pleno emprego detentor de duas vertentes, uma coletiva-objetiva, significando a utilização de todos os recursos e fatores da produção com a finalidade de desenvolvimento social, e uma individual-subjetiva, de possibilitar que o indivíduo tenha pleno gozo de suas capacidades e de sua liberdade, respeitando-se a sua dignidade. Ambas as vertentes constituem os dois lados de uma mesma moeda, cuja finalidade é a expansão das oportunidades de emprego produtivo (GRAU, 2010, p. 258). Poder-se-ia dizer, portanto, que a vertente individual-subjetiva abarcaria o conceito adotado pela OIT, mas não se esgotando nele, pois a feição coletiva-objetiva busca o desenvolvimento qualitativo, e não apenas quantitativo, que é marca do crescimento econômico:

Liga-se, ademais, à inclusão do indivíduo no processo de desenvolvimento, tornando-o ferramenta e objeto necessário para consolidação de um desenvolvimento qualitativo – isto é, benéfico em sentido material à sociedade – em lugar de mero desenvolvimento quantitativo (CORREA *et al*, 2017, p.82).

Trata-se, aqui, de canalizar os recursos mal utilizados, dispersos e ocultos para o propósito único do desenvolvimento. Com isso, a busca do pleno emprego deixa de ser um princípio inefetivo e visto pelos governos como empecilho para os interesses empresariais e passa a ser o elemento de desequilíbrio, mas para o desequilíbrio positivo, sendo fator determinante para dirimir os desperdícios e a má utilização do que o Estado tem à sua disposição.

O conceito de pleno emprego guarda relação com a cidadania ampliada, aqui entendida como o conjunto de direito e de deveres que o cidadão possui de influenciar o processo de criação e de distribuição do poder político do Estado, sendo estendido a todos aqueles que têm direito de voto (ASSIS, 2002, p. 15), tanto que é comum notar a crescente insatisfação da população com o governo constituído, diante dos altos índices de desemprego e da inércia em combatê-los.

Dentre esses direitos que fazem parte do arcabouço que compõe a noção de cidadania, está o direito ao trabalho remunerado que, em sua ausência, cede espaço para outros direitos à sobrevivência digna, como a previdência social e o seguro-desemprego:

Nas democracias representativas contemporâneas, os conceitos de “cidadania” e de “direito ao trabalho” representam um dos espaços-limite comuns de relações entre a esfera política e a esfera econômica. O outro espaço-limite é o que associa “liberdade política” e “propriedade privada”. Podem-se conceituar como “cidadania” substantiva” certos intitulentos (Amartya Sen, 2000) de direitos à sobrevivência digna, entre os quais se destaca, para os não-proprietários, o direito ao trabalho remunerado. Eventualmente, a ausência de trabalho remunerado para parte da população pode ser compensada por outros intitulentos providos pelo Estado do bem-estar social - previdência, seguro-desemprego, seguro-saúde etc. Nos países de democracia social incompleta, como o Brasil, o pleno emprego é uma demanda que surge como implicação lógica da cidadania ampliada, e o alto desemprego representa um risco político (ASSIS, 2002, p.16).

A problemática acima piora quando se entra no dilema enfrentado pelo Brasil: ao mesmo tempo em que se busca uma política efetiva de pleno emprego, o Estado passa por uma abertura financeira de sua economia para investimentos estrangeiros, enquanto tenta reverter o grande endividamento que possui, endividamento este que gera o início de reformas para estancá-lo, como a da previdência e a da legislação trabalhista, consolidando um ciclo marcado pela desregulamentação de direitos como justificativa para tirar o Estado brasileiro da situação em que se encontra. A desregulamentação, por fim, acaba servindo como propaganda eleitoral, capaz de reduzir o desemprego, seja isso verdade ou não.

Em desfavor das políticas de promoção do pleno emprego, argumenta-se que o panorama atual do mercado de trabalho é de crescimento sem geração de empregos. Contudo, deve-se analisar detidamente cada espécie de mercado de trabalho para concluir tal fato e, além disso, mesmo que as políticas públicas sejam insuficientes para a expansão do emprego produtivo, elas representam o pontapé inicial para o atingimento dos objetivos traçados, pois aquelas serão amparadas por políticas públicas complementares específicas.

O pleno emprego consta, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 170, inciso VIII da Constituição Federal de 1988, que trata dos princípios gerais que regem a ordem econômica e financeira. Respalhando a busca do pleno emprego e dos demais princípios expressos, o *caput* do aludido artigo afirma que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com a finalidade de garantir uma existência digna a todos, obedecendo aos comandos da justiça social.

É importante notar que, na verdade, não se trata do princípio do pleno emprego, mas sim do princípio da *busca* do pleno emprego, nos fazendo crer que o constituinte não considerava a possibilidade real de se atingir uma situação de empregabilidade plena, mas somente de alcançarmos uma situação próxima àquela (SANTOS, p. 5257).

Essa leve alteração terminológica traz como consequência a confirmação de que o princípio da busca do pleno emprego se trata de uma norma constitucional programática, uma das categorias de normas de eficácia limitada, veiculadoras de políticas públicas ou programas de governo, cuja aplicabilidade depende da vontade do legislador infraconstitucional, que promoverá a execução dos interesses veiculados pela norma, seja mediante medidas de caráter administrativo que ponham em prática as políticas públicas ou programas governamentais nela contidas, seja por meio de uma legislação futura (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 143).

As normas programáticas, mesmo carecendo de aplicabilidade imediata, estabelecem um “dever-ser” para o legislador, condicionam todas as legislações futuras, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, além de atos administrativos, legislativos e judiciários, e servem de norte para o Estado, para a sociedade e para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 143). Dito de outra forma, os direitos sociolaborais – ao lado dos direitos individuais e políticos – são cláusulas pétreas e, em razão disso, por menores que sejam os efeitos jurídicos da norma, eles se encontram presentes e devem ser observados (SARLET, 2009b; BRANCO, 2006, p.40).

Por outro lado, a natureza programática do valor traz incertezas quanto à aplicabilidade do princípio, pois não indica os meios utilizados para alcançar as metas e, também, concede ao Estado a possibilidade de colocar em prática as medidas, conforme os seus critérios de conveniência e de oportunidade, sem ser possível que um mecanismo de exigibilidade seja manejado, por parte dos cidadãos.

Além disso, esbarra no princípio da livre iniciativa, citado anteriormente, pois só haverá êxito em uma política de pleno emprego, se os empresários, isto é, aqueles responsáveis pelo desenvolvimento da atividade econômica, contribuírem, junto ao Estado, com a remoção de quaisquer barreiras que acarretem vulnerabilidade econômica. Em outras palavras, é necessária uma mudança da política econômica monetária e da política fiscal no Estado brasileiro, com ampla participação popular e das lideranças governamentais:

A orientação ao pleno emprego corrige, racionaliza e ordena o poder empresarial, limitando-o e canalizando-o sobre a base do respeito aos direitos dos trabalhadores, essa limitação, configura a aplicação da função social da empresa como princípio limitador da atividade econômica, tendo como primado a justiça social (SANTOS, p. 5259).

Como dito anteriormente, é justamente pelo fato de haver uma inter-relação entre a busca do pleno emprego e o primado do trabalho que o direito trabalhista, nas suas facetas individual ou coletiva, tem o seu papel no alcance daquele objetivo. No âmbito individual do

trabalho, lidamos com a estabilidade empregatícia, os requisitos necessários de capacitação e o direito de todos ao trabalho, ao passo que a dimensão coletiva diz respeito à manutenção de certos grupos de cidadãos no mercado de trabalho, ao posicionamento dos poderes públicos na regulamentação do mercado trabalhista e à orientação das ações de governo (BAYLOS, 2004, p. 43).

Não se pode analisar todo o conteúdo do princípio da busca do pleno emprego isoladamente, sem levar em consideração os demais princípios insculpidos no *caput* do art. 170 da Constituição Federal e nos seus incisos. Primeiramente e como já se falou no capítulo anterior, no que tange ao trabalho decente, o desenvolvimento econômico se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que o indivíduo deve ser tratado como ser singular e capaz de exercer e de desenvolver todo o seu potencial, sem limitação de sua liberdade aos interesses exclusivamente coletivos ou financeiros de terceiros (CORREA *et al*, 2017, p.18).

Da mesma forma que fora citado anteriormente, o desenvolvimento econômico também está em conexão com o princípio da livre iniciativa, que abarca três tipos de liberdade: a econômica, titularizada pela empresa e que diz respeito à atividade econômica desenvolvida; a social, que diz respeito ao viés social de todo empreendimento e da consideração de que cada indivíduo está inserido em uma sociedade pluralista; e a individual, em que a atividade deve respeitar a dignidade e corresponder às potencialidades de cada um (CORREA *et al*, 2017, p.19).

Relaciona-se com o valor social do trabalho, que urge ao Estado e aos particulares responsáveis por empreendimentos a concessão de um trabalho com potencial transformador. O trabalho se traduz como um processo de transformação da natureza, objetivando uma ideia anterior, em resposta a uma necessidade concreta. Pelo fato de gerar uma situação que antes não existia, o trabalho transforma não só o indivíduo, por adquirir novos conhecimentos e habilidades, mas também a sociedade como um todo, pois o seu trabalho será apropriado pela sociedade e se espalhará (LESSA *et al*, 2011, p. 21).

Outros princípios guardam uma relação mais distante com o pleno emprego, como o princípio da garantia do desenvolvimento nacional, afinal, o objetivo último é o desenvolvimento social, o da defesa do meio ambiente, conciliando-se a criação de novas modalidades de trabalho com a sustentabilidade, o da propriedade privada e da sua função social, no sentido de que a propriedade detém tanto uma função individual, seja o lucro ou a subsistência familiar, quanto uma função social, capaz de beneficiar a sociedade como um todo e não gerando prejuízos a ela (CORREA *et al*, 2017, p.19-20).

Todavia, como se pode depreender da construção dos princípios objetivos do Estado brasileiro, a consecução do desenvolvimento como mecanismo de promoção social do bem-estar está intimamente ligada à realização das potencialidades dos cidadãos, as quais apenas se colocam em sua plenitude através do trabalho, e qualquer limitação a essa realização plena trata-se de verdadeiro retrocesso, que malfere a ordem jurídico-constitucional brasileira.

3.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL EM FACE DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOCIAL BRASILEIRO

Em que pese os princípios acima estejam expressamente previstos na Constituição Federal, há ainda outros princípios implícitos que são de igual ou, até mesmo, de maior relevância, quando considerada a conjuntura atual, como é o caso do princípio da vedação ao retrocesso social. Por meio dele, qualquer tentativa de implementação de políticas públicas que representem retrocesso será considerada inconstitucional:

É inconstitucional a eleição de caminho econômico que atente diretamente contra o objetivo de realizar a justiça social ou que agrida qualquer dos itens do artigo 160⁶. Assim, é inconstitucional a sucessão de atos (que compõem uma política) nos quais se assume, previamente, um resultado proibido pela carta máxima. Por chocante que seja a conclusão, não há por que negá-la ante a clareza da regra estampada no diploma do país. Por ser inconstitucional enveredar por caminho que leva, cientemente, à retração na oferta de emprego produtivo, qualquer trabalhador, provadamente vitimado por esta política, pode propor ação anulatória dos atos que diretamente concorrem para o resultado proibido. É isto que resulta do art. 160, VI, a menos que se o considere não-escrito, inexistente, de valor nenhum. Ou que se queira considerá-lo um comando originalíssimo: um comando que o comandado cumpre apenas se quiser fazê-lo: a seu talante (MELLO, 1982, p. 74-75).

A proibição ao retrocesso social, princípio implícito na CF/88, também possui forte relação com a dignidade da pessoa humana, pois, enquanto aquele diz respeito ao dever de progressiva concretização dos direitos sociais, este veda que os indivíduos sejam reduzidos à condição de meros objetos, exigindo um patamar mínimo de direitos sociais que garantam a sua participação no processo democrático (SARLET, 2009a, p.118).

O princípio que veda o retrocesso dialoga com a dignidade da pessoa humana justamente pelo fato de visar à manutenção dos direitos sociais mínimos, principalmente no contexto atual de flexibilização dos direitos trabalhistas:

⁶ Atualmente, o art. 160 corresponde ao art. 170 da CF/88.

De outra parte, segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional. Especialmente tendo em conta a instabilidade econômica que se verifica em escala global, assim como em virtude dos efeitos perversos da globalização, em particular no plano econômico, não se pode simplesmente negligenciar a relevância do reconhecimento de uma proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional, ainda mais quando a expressiva maioria das reformas não dispensa mudanças no plano das políticas públicas e da legislação. Com efeito, dentre os diversos efeitos perversos da crise e da globalização econômica (embora não se possa imputar à globalização todas as mazelas vivenciadas na esfera social e econômica), situa-se a disseminação de políticas de flexibilização e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores (sem falar no crescimento dos níveis de desemprego e índices de subemprego), redução dos níveis de prestação social, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades, entre outros aspectos que poderiam ser mencionados (SARLET, 2009a, p. 120-121).

Terminologicamente, a proibição do retrocesso social não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, sendo cabível a sua aplicação aos direitos civis e políticos, e consiste em proteger os direitos fundamentais como um todo de qualquer medida do poder público que busque suprimi-los ou restringi-los, até mesmo sem alterar o texto constitucional, indo além de outras garantias constitucionais já conhecidas e que, por alguns autores, são tratados como manifestações *lato sensu* da vedação ao retrocesso, como o direito adquirido, os atos jurídicos perfeitos, a coisa julgada e os limites impostos ao poder constituinte reformador.

Caracteriza o retrocesso, também, qualquer medida que busque sacrificar direitos destinados à coletividade, em troca de interesses pertencentes à parcela ínfima desse mesmo corpo social (RIBEIRO, 2017, p.114).

Embora não seja um princípio exclusivo dos direitos sociais, quando se versa sobre esses, há um toque de delicadeza maior:

No campo dos direitos sociais tal fenômeno talvez seja ainda mais perceptível, especialmente quando se trata de alterações legislativas que afetam um determinado nível de concretização de tais direitos, especialmente quando em causa hipóteses onde não incidem as demais garantias específicas que integram a noção de proibição de retrocesso em sentido mais amplo, como o caso da coisa julgada, da vedação de retroatividade etc., visto que existem situações onde, embora a medida restritiva não retroaja no tempo, acaba instaurando um evidente retrocesso em termos de proteção social (SARLET, 2009a, p.124).

Por se tratar de princípio presente tanto nacional (extraído de uma interpretação do art. 7º, *caput*, da CF/88) quanto internacionalmente (art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica), ainda que implícito, é possível a impugnação de quaisquer medidas políticas, por contrariarem

os preceitos constitucionais ou de tratados internacionais que receberam a adesão do Estado brasileiro. Passam elas a ser inválidas, caso não haja a adoção de outra política substitutiva que seja equivalente (BARCELLOS, 2002, p. 69).

Pelo fato de as normas constitucionais conterem um caráter defensivo ou negativo – impondo ao Estado que se abstenha de violá-los, – veda-se a interferência ou o prejuízo de determinadas posições jurídicas anteriormente conquistadas, por terem as suas existências constitucionalmente garantidas. Por este fenômeno, Ingo Wolfgang Sarlet (2009a, p.122) traduz o aludido princípio como uma eficácia negativa das normas constitucionais.

Por óbvio que não será qualquer alteração legislativa que esbarrará no princípio em questão, até porque, se assim o fosse, fossilizaria a atividade legislativa. Por outro lado, ignorá-lo significaria permitir que o Poder Legislativo decidisse livremente sobre a disposição dos direitos fundamentais. A questão, aqui, é a de manter o sistema de proteção social devidamente equilibrado com a atividade legiferante (RIBEIRO, 2017, p.114-115). Dessa forma, não veda que o Poder Público escolha outra política pública a ser adotada para concretizar a norma, mas, sim, a tentativa de completo esvaziamento do conteúdo da norma constitucional (BONNA, 2008, p.58).

Oportuno citar o neologismo criado para o fenômeno ocorrido na Dinamarca de compatibilização entre os interesses da classe empresária e da econômica, marcada pela elevada carga fiscal como forma de permitir que o Estado financie uma política de desemprego satisfatória, capaz de manter boa parcela da última remuneração do trabalhador e por um tempo extenso, sob condições específicas de contínua capacitação profissional e incessante procura por um novo emprego, que o trabalhador deve respeitar. Por outro lado, a classe empresária não sofreria quaisquer sacrifícios, usufruindo de uma política de admissão e de demissão sem obstáculos. A esse fenômeno exitoso, deu-se o nome de *flexicurity* ou flexissegurança (NUNES *et al*, 2015, p. 274).

Óbvio que o modelo adotado não se deu de um dia para o outro. Ele foi o resultado de mais de cem anos de planejamento social e econômico e baseado, principalmente, no diálogo entre governantes, empresários, sindicatos e trabalhadores, como forma de promover a adaptação à realidade globalizante e permitir a competitividade, mas sem olvidar da questão social. Note-se que a ideia não foi imposta de cima para baixo, mas percorreu o caminho oposto (NUNES *et al*, 2015, p. 274-275).

Não é à toa que a Dinamarca detém índices positivos em competitividade internacional e na satisfação de emprego, bem como no funcionalismo público (NUNES *et al*, 2015, p. 278).

O desafio, contudo, é trazer tais ideais para a realidade brasileira, o que forçaria os economistas dinamarqueses a reformularem a metodologia de abordagem da política adotada. Primeiro, pois surge um problema cultural na sociedade brasileira, em que os gastos com o seguro-desemprego só aumentam a cada ano, demonstrando a inércia da população com os benefícios recebidos, sem demonstrar intenção em voltar ao trabalho; segundo, pelo fato de a carga fiscal já ser elevada, sem a correspondente otimização do funcionalismo público e da diminuição do endividamento público; terceiro, pelos serviços básicos, como a saúde e a educação básica, serem precários, formando trabalhadores sem os aportes mínimos para que adentrem no mercado de trabalho devidamente capacitados (NUNES *et al*, 2015, p. 281-282).

Assim, foram estabelecidos certos parâmetros – que devem estar presentes simultaneamente – para a análise de se determinada medida representa ou não um retrocesso social: i) deve-se aferir se a medida obedece aos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e de segurança jurídica, ou seja, se é possível a adoção de alguma outra medida que seja mais vantajosa para a sociedade como um todo e mantenha a situação atual o mais estável possível; ii) a situação que respalda a medida deve ser concreta e prevista constitucionalmente; iii) o rol mínimo (também chamado de núcleo essencial) de direitos sociais que garante uma existência digna dos indivíduos deve ser salvaguardado (SARLET, 2009a, p. 142-143).

Junto a isso, deve-se ficar claro que a eficácia negativa das normas constitucionais não se traduz em princípio absoluto, tendo em vista que, diante da colisão com o interesse público urgente e relevante, é possível, ainda que temporariamente, a redução da proteção social e da promoção dos direitos sociais (SARLET, 2009a, p.137), ou a sua compensação (específica e real) em outras áreas não afetadas, de forma a preservar um *status* social consolidado (RIBEIRO, 2017, p.116; BONNA, 2008, p. 63).

Curioso notar, porém, que diante de um cenário de fragilidade econômica, os direitos sociais são os primeiros alvos das medidas adotadas e, conseqüentemente, setores menos abastados como a classe operária e a classe média são os principais prejudicados, ficando os detentores dos meios de produção isentos de quaisquer prejuízos. Como já visto anteriormente, essa receita que busca diminuir os encargos sociais sob o argumento de incorporar mais pessoas ao mercado de trabalho, na verdade, aprofunda as desigualdades, diminui o consumo e aumenta o desemprego (RIBEIRO, 2017, p.122-123).

Se tal princípio não contém caráter absoluto, pois, muito menos o argumento da reserva do possível, utilizada diante da falta de recursos financeiros e de obstáculos orçamentários, o possui. É claro que, diante do choque entre a falta de recursos estatais e da concretização de direitos sociais, esse último deve prevalecer, pelo fato de os direitos sociais

estarem intrinsicamente relacionados com a dignidade dos indivíduos, ao passo que aquele pode ser contornado, seja através da realocação de recursos, seja pela alteração das prioridades concedidas pelo governo:

[...] o que importa, nesta quadra, é enfatizar que, apesar da alegação de falta de recursos para a manutenção de determinados benefícios sociais ou, o que é mais comum, de que a preservação de determinado patamar de proteção social seja um possível fundamento para justificar uma medida restritiva, não poderá servir de justificativa para a afetação do núcleo essencial dos direitos sociais, ainda mais quando em causa as exigências mínimas para uma vida com dignidade. Com efeito, se o mínimo existencial é aquilo que o Estado em todo o caso deve assegurar positivamente, também é aquilo que o estado deve respeitar por força de um dever de não intervenção (SARLET, 2009a, p.144).

À mesma conclusão chegou o STF, no Agravo em RE nº 639.337/SP e no RE nº 658.312/SC, em que ficou decidido que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público para se eximir da obrigação de implementar políticas públicas previstas na Constituição e de desconstituir conquistas alcançadas, em virtude de haver um mínimo existencial diretamente ligado à dignidade do ser humano. Da mesma forma, não pode ser invocado para atender aos interesses empresariais, representados por uma minoria que não se encontra em situação de hipossuficiência, em detrimento de uma maioria nesta condição (RIBEIRO, 2017, p. 115-116).

Como será visto nos tópicos seguintes, dentre as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, foi instituído um rol de direitos que poderiam ser livremente negociados através de acordo ou convenção coletiva, sendo possível, agora, não só a prevalência do negociado sobre a lei, como também a renúncia de direitos expressamente previstos na Constituição, demonstrando notória intenção em diminuir os encargos sociais e, conseqüentemente, baratear a mão de obra brasileira, através de adoção de medidas retrocessivas (VALENTE *et al*, 2018, p. 25):

A verdadeira mudança que a Lei da Reforma almeja é ideológica, sob dois eixos: a) encurtar o manto protetor do Estado sobre o trabalhador; b) dar leveza às relações de trabalho, com as facilidades de negociação direta entre patrões e empregados em um primeiro passo, em outro passo facultando a negociação dos direitos da categoria pelo sindicato (LIMA *et al*, 2017, p.9).

É curioso notar a diminuição da legislação protetiva, uma vez que ela sequer evoluiu completamente, em virtude da inércia estatal em dar completa eficácia às normas veiculadoras de direitos sociais, haja vista a alta desigualdade social ainda existente (BONNA, 2008, p. 62).

É justamente o manto protetor do Estado que será abordado no tópico seguinte, por se constituir no princípio base de todo o direito trabalhista brasileiro, qual seja o princípio da proteção do trabalhador.

3.3 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO CENÁRIO DE DESREGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Embora se possa dizer que a dignidade da pessoa humana consiste no princípio basilar do direito constitucional atual, é comum ser dito, também, que o princípio responsável por toda a construção teórica do direito do trabalho, em tempos em que o neoconstitucionalismo não era discutido da mesma forma que o é hoje, é o da proteção do trabalhador.

O aludido princípio foi o responsável por originar todo o manancial que estrutura o direito do trabalho, incluindo aqui as suas regras, seus princípios derivados e, mais importante, a presunção própria de hipossuficiência do trabalhador, na relação de emprego, com a finalidade de tentar dirimir ou, ao menos, reduzir, no plano jurídico, o desequilíbrio existente entre as partes envolvidas na relação fática, encontrando-se presente em todo o direito do trabalho (GODINHO, 2017, p. 213).

É em decorrência do princípio protetivo que se justifica o fato de o direito do trabalho conter regras e princípios protetivos, para retificar a defasagem econômica dos partícipes da relação e evitar a ocorrência de qualquer exploração, tendo em vista que o trabalhador passa a depender pessoalmente do empregador, diferentemente da seara civil, cuja presunção é a de igualdade entre as partes.

O legislador, ao se voltar para a matéria trabalhista, deve se despojar da presunção de igualdade e conceber uma ficção jurídica marcada pela desigualdade, ainda que esta ficção jurídica venha a ser relativizada, de acordo com cada caso concreto. Tal ficção atua como medida de compensação pela desigualdade econômica existente e tem respaldo constitucional, na medida em que a CF/1988 concebe a igualdade em suas duas facetas: a formal e a material, esta última se traduzindo pelo tratamento dos desiguais, na medida de suas desigualdades:

O princípio protetor do trabalhador resulta das normas imperativas e, por tanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho – uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal (SÜSSEKIND, 2003, p. 44-45).

Conforme dispõe Américo Plá Rodriguez (2004, p. 83), o princípio da proteção apresenta três desdobramentos principiológicos, quais sejam o *in dubio pro operario*, a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica.

A primeira se traduz na aplicação da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso o intérprete se encontre em dúvida sobre o alcance da norma e esta interpretação mais favorável não vá de encontro com a intenção do legislador; a segunda significa que, sendo possível a aplicação de mais uma norma jurídica à mesma situação, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, mesmo que a norma escolhida seja de hierarquia inferior à outra; a terceira está presente quando, existindo uma norma que imponha uma situação jurídica, não se pode admitir uma nova norma que torne tal situação menos favorável, havendo uma presunção de progressividade das normas em matéria trabalhista.

Contudo, o que se constata é justamente o oposto. Nota-se que, na verdade, há uma tendência de esfacelamento dos direitos sociais, que, em tese, só pelo fato de contradizer uma das facetas do princípio basilar do direito trabalhista, já estaria incorrendo em violação ao arcabouço jurídico trabalhista.

Em que pese a visão restritiva do autor acima citado, Maurício Godinho Delgado opta por ir além, emprestando uma visão ampliativa do princípio protetivo, de forma a abarcar ainda outras dimensões:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia. Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado (DELGADO, 2017, p. 214).

No mesmo sentido, Arnaldo Süssekind (2003, p. 45-46) afirma que o princípio protetivo equivale a uma espécie de princípio *mater*, cujos filhos deste seriam os três já citados por Américo Plá Rodriguez, mas outros como o da primazia da realidade, o da intangibilidade e integralidade salarial, o da boa-fé, o da razoabilidade, o da prevalência do

interesse público, o da equivalência entre a remuneração do trabalhador e a retribuição das empresas, além dos já afirmados por Maurício Godinho Delgado.

Construindo uma ponte com o capítulo anterior, percebe-se a intrínseca relação entre os princípios da vedação ao retrocesso, da proteção do trabalhador e da dignidade da pessoa humana:

As noções de progresso e de não retrocesso social ainda se relacionam ao princípio da proteção ao trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do justtrabalhismo, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho do homem, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre capital e trabalho. O sentido tuitivo, em uma perspectiva dinâmica, se relaciona à idéia de ampliação e aperfeiçoamento de institutos e normas trabalhistas. Assim, afiança-se o compromisso de a ordem jurídica promover, quantitativamente e qualitativamente, o avanço das condições de pactuação da força de trabalho, bem como a garantia de que não serão estabelecidos recuos na situação sociojurídica dos trabalhadores (MURADAS, 2007, p. 02-03 *apud* BONNA, 2008, p.63-64).

Vê-se, portanto, que o direito do trabalho surgiu como reação aos postulados da Revolução Francesa de 1789 de autonomia da vontade nas relações contratuais, sob o argumento de que a liberdade sem a correspondente igualdade geraria opressão e exploração dos mais fracos, mas agora se depara com a globalização da economia, cujo intuito é o de flexibilizar as normas trabalhistas. É nesse momento que todos os princípios já estudados devem fazer valer a sua força, de forma a impor freios ao avanço desarrazoado das medidas precarizantes.

4 ASPECTOS NORMATIVOS DA REFORMA TRABALHISTA: MODERNIZAÇÃO OU RETROCESSO?

O pleno entendimento do arcabouço principiológico existente no ordenamento jurídico brasileiro não só facilitará, mas também guiará o aplicador do direito no sentido da compreensão das alterações normativas trazidas pela Reforma Trabalhista e também de que forma elas representam um retrocesso social, sob o véu da modernização.

Conforme será exposto no presente capítulo, será possível verificar que as mudanças intentadas pela Reforma trabalhista, mascaradas sob o mote da modernização, na verdade, acarretam a destituição de direitos e a precarização do trabalho, prejudicando o trabalhador, parte hipossuficiente da relação. Aqui, o objetivo não é trazer exaustivamente todas as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17, mas, sim, aquelas que aparentam prejudicar o trabalhador, tomando como paradigma os postulados já estudados, em especial o da busca pelo pleno emprego, o da vedação ao retrocesso social e o da dignidade da pessoa humana, subvertendo o caráter protecionista da legislação trabalhista.

4.1 AS NOVIDADES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA NO QUE TANGE ÀS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE TRABALHO

Como já dito anteriormente, entre alguns motivos levantados pelos defensores da reforma trabalhista estavam o da necessária modernização que a legislação deveria sofrer, como meio de redução da informalidade e do desemprego, e atraindo investimentos do capital estrangeiro, em virtude da segurança jurídica gerada, visto que a reforma limitaria a atuação do judiciário trabalhista. Em decorrência disso, alguns institutos foram criados, enquanto outros sofreram alterações, muitas vezes indo de encontro com entendimentos consolidados pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Com o novo texto da CLT, foi instituída a modalidade do contrato de trabalho intermitente, modalidade de contrato já existente em outros Estados e que foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro. Nessa espécie de contrato, a ausência de continuidade demonstra que o empregado passará por períodos de inatividade, aguardando a sua convocação por meio eficaz, – não especificado pela lei – com, pelo menos, três dias corridos de antecedência. Ele receberá apenas pelo tempo trabalhado, não sendo remunerado pelo tempo em que esteve à disposição do empregador, tanto que até poderá prestar diferentes

serviços a contratantes diversos. Caso tais disposições sejam descumpridas, o pacto deve ser reputado nulo e considerado de prazo indeterminado.

O período de inatividade do trabalhador traduz-se em um momento em que ele ficará destituído de seus direitos e de qualquer proteção por pura liberalidade do empregador, pelo fato de haver efetiva suspensão do contrato de trabalho, cessando as obrigações contratuais recíprocas de ambos os contratantes. Consequentemente, caso o trabalhador não preste serviços a terceiros e estando o contrato suspenso, não há recolhimento para a previdência social e nem do FGTS, afetando seriamente os direitos previdenciários do trabalhador. Já se estiver laborando, caso o trabalhador dependa somente da remuneração pelas horas trabalhadas, as chances de que não consiga o benefício da previdência são altas (PINHEIRO, 2018).

Convém observar que, se no direito civil, ramo que pressupõe a igualdade entre os contratantes, as cláusulas puramente potestativas, isto é, aquelas que sujeitam o negócio jurídico ao arbítrio das partes, são consideradas ilícitas e nulas. Tais cláusulas jamais poderiam ser admitidas no direito do trabalho, que pressupõe a hipossuficiência do trabalhador (ZWICKER, 2018). O que ocorre aqui é que o trabalhador fica dependente da demanda da empresa e de o empregador não só necessitar de seus serviços, mas também de querer convocá-lo, para, efetivamente, laborar e ser remunerado.

Está claro que o texto legal tenta transmitir uma noção de ampla liberdade do empregado, em que este poderá ter relações de emprego em paralelo, sem amarrá-lo ao contrato previsto acima, mas a realidade nos leva a pensar de forma contrária. O empregador, ao utilizar-se do contrato de trabalho intermitente, espera que o trabalhador contratado esteja apto e disponível para o trabalho que porventura surja.

Significa dizer que o intermitente, mesmo surpreendido com a convocação, deve ter tempo disponível para o labor, sob pena de não ser remunerado e, além disso, não ser mais contratado, por não atender às exigências do empregador, que tem expectativa de sempre contar com a sua disponibilidade (SOUZA, 2017). Ou seja, conciliar o trabalho intermitente com um outro labor mais estável e certo não parece ser tão fácil, levando-o a procurar trabalhos igualmente precários e periféricos, como forma de complementação de renda, a exemplo de outros contratos de trabalho intermitente ou de atividade autônoma.

Ora, a imprevisibilidade desse tipo de contrato traz insegurança e ignora o tempo em que o empregado está à disposição, além de repassar os riscos do empreendimento a ele. Trata-se de um flagrante vício de legalidade, tendo em vista que uma das condições essenciais do conceito de empregador é a assunção dos riscos da atividade econômica. O empregador, ao

dispensar o trabalhador nos períodos de menor demanda e ao convocá-lo nos períodos de maior demanda, sem qualquer compensação, efetivamente transfere os riscos do negócio e converte o trabalhador em mero objeto (ZWICKER, 2018).

Tais consequências vão de encontro à noção de pleno emprego anteriormente preconizada, visto que destitui o trabalhador de um trabalho decente, com segurança e garantias que o permitam viver dignamente, junto com sua família, relegando-o à dependência da demanda de seu empregador e gerando o chamado salário surpresa.

Para Jorge Luiz Souto Maior (2017), o trabalho intermitente significa a precarização do trabalho, pois o trabalhador se verá obrigado a se vincular a mais de um empregador, de forma a ficar à disposição de todos e, conseqüentemente, vendo-se impedido de organizar a sua vida e de voltar as suas atenções à família e ao lazer. Já para Homero Batista Mateus da Silva (2017), o trabalho intermitente serviria apenas para mascarar os índices de desemprego do Brasil, mesmo que os trabalhadores não tenham estabilidade de renda.

A modalidade de trabalho intermitente não é novidade em escala global, já estando regulamentado em diversos Estados. Em Portugal, o trabalho intermitente somente será admitido para aquelas empresas que atuem de modo descontínuo ou variáveis, isto é, possuindo períodos de inatividade e cujo contrato não possa ser celebrado de maneira temporária ou por prazo certo. O trabalhador intermitente possui, ainda, direito à compensação mínima de 20% da remuneração, pelo período em que estiver inativo. Na Itália, a aludida modalidade de contrato está limitada ao período máximo de quatrocentos dias de trabalho, em três anos, sob pena de convolação do contrato de trabalho intermitente em contrato por prazo indeterminado e deve ser firmado por negociação coletiva (FRANCO FILHO, 2018).

Na Alemanha, estabelece-se uma proteção presumida ao trabalhador intermitente, de forma que, caso a duração semanal ou a quantidade de horas diárias de trabalho não sejam previstas, presumir-se-á a jornada de 10 horas semanais, no caso de não especificação da jornada semanal, e de 3 horas diárias, caso sejam omitidas as horas diárias. Na França, além da necessidade de acordo coletivo, o contrato de trabalho intermitente deverá, em regra, especificar o tempo de trabalho anual. A Espanha, ao contrário da legislação brasileira, prevê seguro-desemprego ao trabalhador, enquanto a Nova Zelândia optou por banir o contrato de trabalho em questão (PINHEIRO, 2018).

A utilização do direito comparado nos permite concluir que, ao contrário da reforma trabalhista brasileira, nos demais Estados foram impostos limites à utilização do contrato de trabalho intermitente. Se um dos motivos que justificaram a reforma foi a necessidade de

retirar os trabalhadores da informalidade, a possibilidade de substituição de trabalhadores contratados por prazo indeterminado por trabalhadores intermitentes deveria ser vedada (PINHEIRO, 2018). Não somente isso, a legislação brasileira permite a celebração do trabalho intermitente em qualquer tipo de atividade econômica, minando a suposta finalidade de que a reforma trabalhista criaria novos empregos.

É importante salientar, também, que o trabalho intermitente é mais rentável para as empresas, no que tange ao Fator Acidentário de Prevenção (FAP) e ao Risco Ambiental de Trabalho (RAT). O RAT consiste em uma contribuição previdenciária de 1%, 2% e 3% para atividades de risco leve, médio e grave, respectivamente, que incidem sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada, aos segurados empregados e aos trabalhadores avulsos. Já o FAP consiste em um índice incidente sobre o RAT que pode tanto beneficiar as empresas que apresentem baixo índice de acidentes de trabalho, quanto prejudicá-las, com um índice majorado, quando as empresas apresentam altos índices acidentários. O FAP, assim, tanto pode majorar o RAT até o limite de 6,000% quanto pode reduzi-lo até 0,5000%, a depender da empresa (RIGON *et al*, 2017, p. 1476)

Ocorre que um dos requisitos que majora o FAP é a alta taxa de rotatividade da empresa, taxa essa que toma como base as admissões ou rescisões (escolhe-se o menor) sem justa causa por iniciativa do empregador, incluindo aqui as rescisões de contrato por prazo determinado, seja antecipada ou não. Contudo, o contrato de trabalho intermitente não requer que o empregador encerre o vínculo de trabalho, pois pode, previamente, estabelecer os períodos de inatividade. Consequentemente, o trabalho intermitente não é considerado para efeitos de cálculo, evitando que as empresas apresentem alta taxa de rotatividade e, consequentemente, passem a contribuir com um RAT reduzido, servindo de incentivo para a adoção dessa modalidade de contratação (RIGON *et al*, 2017, p. 1484).

No que tange às normas de jornada laboral, algumas observações devem ser feitas quanto às principais alterações levadas a cabo pela reforma:

- a) desconsideração do valor jurídico do descanso no curso da jornada laboral, retirando sua pertença daquilo que é pertinente à saúde do trabalhador; b) centralidade na hora efetivamente trabalhada, aqui entendida como aquela que se engaja no processo produtivo do empregador, estabelecendo-se obstáculos à caracterização do tempo à disposição como fator gerador de algum tipo de remuneração ao empregado; c) flexibilização das jornadas no interesse patronal, sob o argumento de que o empregado teria tempo disponível para desenvolver outras atividades a seu bel-prazer (SILVA, P., 2017, p. 330).

Em outros dizeres, o legislador ignora os impactos que a desconsideração do tempo à disposição como de efetivo trabalho causará sobre o trabalhador, principalmente o impacto remuneratório. Ignora, também, os impactos físicos e psicológicos que a livre estipulação de jornadas extensas, como a de 12x36, causam sobre o trabalhador, por afetarem exatamente a sua saúde e integridade físico-mental.

Nessa modalidade, também, tornou-se possível, de maneira implícita, o pagamento de uma remuneração complessiva, conforme dispõe o parágrafo único do art. 59-A da CLT⁷ que abarcaria todos os feriados, descansos semanais e adicionais noturnos que porventura venham a ser devidos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerada nula a cláusula de contrato que detenha tal previsão, conforme súmula 91 do TST e, conseqüentemente, incorrendo em inconstitucionalidade o aludido dispositivo, tendo em vista que o art. 7º, IX, da CF/88 pugna pela expressa superioridade do horário noturno sobre o horário diurno (SILVA, P., 2017, p. 332).

Entre os arts. 75-A e 75-E, foi regulamentado o teletrabalho, ou trabalho a distância, que são aqueles serviços prestados, de maneira preponderante, fora das dependências do empregador e que utilizem meios tecnológicos de informação e de comunicação que não caracterizem o trabalho externo (aquele serviço prestado fora do domínio e controle do empregador).

Nessa modalidade de trabalho, não há controle da jornada do teletrabalhador e, conseqüentemente, ele não detém o direito a horas extras ou a adicionais noturnos, o que demonstra de maneira clara a destituição de seus direitos. O cenário globalizado atual já apresenta aparatos tecnológicos que as empresas podem se utilizar para o controle da jornada dos trabalhadores, exercer o poder de comando a distância e ser possível a aferição das horas extraordinárias trabalhadas. Junto a isso, a Constituição Federal, no inciso XII do art. 7º, não traz nenhum rol de trabalhadores que estejam excepcionados do direito à limitação da jornada de trabalho. Portanto, a alteração da duração do trabalho só pode lhes trazer benefícios, nunca prejuízos (MAIOR, 2016).

Pelo fato de a limitação da jornada de trabalho ser um direito fundamental do trabalhador, o empregador detém o dever jurídico, e não mera faculdade, de adotar as medidas que permitam o controle de jornada, como contraprestação por se beneficiar da força de trabalho, cedida pelo trabalhador (MAIOR, 2016). Tanto é que o teletrabalho supõe a

7 Art. 59-A, Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo **abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno**, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação. (grifos nossos).

utilização de tecnologias de informação e de comunicação, cujo trabalhador detém alta especialização. Dito de outra forma, o teletrabalho em nada reduz a subordinação, mas hipertrofia o poder diretivo.

Cabe ao empregador a imposição de limites da jornada e não pode ser dirimido sob o argumento de que há dificuldades de estabelecer o controle e a quantificação da jornada do teletrabalhador, seja por meios *online*, seja por outros meios. Desse modo, o ônus de provar que havia a limitação de jornada será do empregador.

Se, pelos aspectos positivos, evita-se o deslocamento e há uma diminuição no poder de fiscalização do empregador, pelos aspectos negativos, há o isolamento social do trabalhador, a abertura de novos meios de fraude, ampliação das condições precárias de trabalho e diminuição de sua remuneração.

Deve-se deixar claro que há uma igualdade entre o trabalhador físico e o teletrabalhador, no que diz respeito à carreira, remuneração, tratamento e direito. A partir do momento em que a igualdade é quebrada, em quaisquer desses aspectos, a busca pelo pleno emprego é violada. Isso também significa dizer que, mesmo laborando fora da empresa, preponderantemente, o empregador ainda é responsável pelo empregado, no sentido de instruí-lo quanto às doenças e a como evitar acidentes de trabalho, não havendo nenhuma retirada de responsabilidade do empregador, no âmbito da segurança e do meio ambiente do trabalho.

Quanto a esse último assunto, vê-se que o art. 75-E busca transferir o encargo de cuidado do meio ambiente do trabalho ao próprio trabalhador, cabendo à empresa apenas realizar as orientações pertinentes, o que é um dever, obviamente, insuficiente para evitar acidentes de trabalho e, assim, não encontra suporte nos princípios constitucionais da dignidade e da segurança do trabalhador, além de desprezar todos os tratados de direito internacional da OIT. Desse modo, o art.157 da CLT continua em pleno vigor, impondo à empresa os deveres de cumprir e fazer cumprir as normas relativas à segurança e medicina do trabalho, adotar as medidas determinadas pelo órgão competente e facilitar a sua fiscalização.

Mesmo que o art. 75-D disponha que a responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos para o trabalho será estabelecida em contrato, não se pode concluir que os custos devem ser arcados pelo empregado, também não sendo possível transferir os custos dos aparatos necessários para a execução do trabalho, mesmo que o teletrabalhador possa se utilizar desses instrumentos fora de serviço, ou seja, para fins particulares (PAULA, 2018).

Na realidade, contudo, a tendência é que o custo para a aquisição dos meios para a realização do teletrabalho será toda do empregado, tornando-se, inclusive, um requisito para a admissão ou para a continuidade do contrato de trabalho e, além disso, os gastos suportados não integrarão o salário (FONSECA, 2018).

O empregador livra-se dos custos de manutenção dos equipamentos, além de não arcar com os gastos com a infraestrutura do local de trabalho, como limpeza, energia elétrica e água. Junto a isso, tem a chance de aumentar a sua produtividade, ao impor ao trabalhador metas de produção, sob a justificativa de que ele poderá manejar o seu próprio horário e passar mais tempo com a família e amigos, evitando o estresse do deslocamento (GRAVATÁ, 2018). Além disso, o escasso contato entre os trabalhadores da mesma empresa enfraquece a solidariedade e a força da categoria, principalmente no que concerne às atuações sindicais (FONSECA, 2018).

Sob a ótica do trabalhador, mesmo que o teletrabalho aparente benefícios, permitindo a construção de um horário de trabalho flexível, o que se constata é uma efetiva invasão na vida privada do trabalhador, tendo em vista que poderá ser chamado ao trabalho a qualquer momento, pois haverá uma linha tênue entre o tempo livre e o tempo de trabalho, acarretando um desgaste físico, mental e social.

O estabelecimento de metas impossíveis, como forma de recompensar aqueles que as atingem, junto com a sujeição do trabalhador às finalidades, aos objetivos e aos programas da empresa, apenas contribui para minar a tranquilidade e desgastar a saúde mental do trabalhador. É por isso que se fala em um direito à desconexão e ao lazer do trabalhador, cuja violação já gerou indenização por dano existencial, pelo fato de a empresa ter imposto uma rotina de trabalho rigorosa que comprometeu o projeto de vida do trabalhador, tratando-se de ato flagrantemente abusivo e violador da dignidade da pessoa humana. A flexibilização laboral, através da criação do teletrabalho, provoca danos que não se limitam à esfera individual do trabalhador, tendo em vista que também atingem aqueles que compõem o seu âmbito familiar e a sociedade, como um todo (NUNES *et al*, 2018).

Nota-se, portanto, uma explosão de modelos alternativos de trabalho cujos *slogans* tratam da autonomia do trabalhador e de uma aparente ausência de vínculo direto com o empregador, como ocorre com a *Uber* e com o já visto trabalho intermitente:

Nestes casos, o uso do aplicativo dá a aparência de que a relação não é com um empregador (ou tomador da força de trabalho), mas mero fornecedor de um produto. No plano simbólico e da retórica propagandeada, essas novas formas contratuais aparecem sob a forma de suplementação de renda. Porém, se esquecem de um pequeno detalhe: No Brasil real (bem como em todo capitalismo periférico), no

vasto oceano da pobreza e do desemprego, estas provavelmente serão a única fonte e subsistência das maiorias trabalhadoras. Para aqueles dispostos a fazer de tudo por não saberem fazer nada, não é a vontade “livre” que determina o contrato de trabalho, mas uma necessidade atávica por sobreviver. Nesse caso, os contratos intermitentes, os contratos *uberizados*, *pejotizados* e outros trabalhos “formalizados” por solenidades jurídicas como “autônomos” retiram não a dignidade humana, pois essa, enquanto condição material e cultural digna, jamais foi trazida pela forma “emprego”, mas vulnera simbolicamente o trabalhador naquilo que o ainda distingue moralmente da condição de completo marginal – o emprego como proteção contra humilhações maiores à sua vida pelo aparato repressivo oficial e oficioso (GARCIA, 2018, p. 297).

Seguindo adiante, através do art. 442-B da CLT, foi instituída a figura do trabalhador autônomo exclusivo, com o óbvio propósito de burlar as normas trabalhistas, evitando-se a configuração do vínculo empregatício entre o trabalhador que preste serviços, ainda que de maneira exclusiva e contínua, e o tomador dos serviços. Cuida-se de uma esdrúxula excludente legal da relação de emprego (PORTO *et al*, 2017, p. 837), tendo em vista que, por mais que o trabalhador preste serviços com todos os requisitos presentes no art. 3º da CLT, o vínculo de emprego não seria formado, poupando o empresário de ter que arcar com os encargos decorrentes de uma relação de emprego.

O aludido dispositivo tenta criar uma modalidade de trabalho que foge ao princípio da primazia da realidade e que subverte o próprio conceito de trabalhador autônomo como aquele que presta serviços por conta própria com habitualidade, sem relação de emprego e a uma ou mais empresas, ao afirmar que, mesmo estando presentes todos os requisitos para que ele seja um empregado, empregado não o é. Tenta-se criar uma presunção absoluta que, no entanto, não subsiste, sendo mais uma presunção relativa de tentativa de descaracterização do vínculo de emprego e de extração de uma maior margem de lucro, sobre o trabalhador.

4.2 AS ALTERAÇÕES DE DISPOSITIVOS RELATIVOS À DURAÇÃO DO TRABALHO E SEUS IMPACTOS NA VIDA DO TRABALHADOR

O regime de trabalho parcial também sofreu alterações com a Lei nº 13.467/2017, através de sua ampliação. Se antes era todo aquele trabalho que não excedesse as 25 horas semanais, o trabalho de meio expediente, agora, não pode exceder as 30 horas semanais, quando não forem possíveis as horas suplementares semanais, ou as 26 horas semanais, com a possibilidade de mais 6 horas suplementares semanais. O aludido regime revela uma precarização das relações de trabalho, pois a ampliação do regime de trabalho parcial acarreta o pagamento de salários menores para jornadas que, antes, seriam considerados de regime integral de trabalho.

Se antes o direito do trabalho brasileiro reconhecia o instituto das horas *in tinere*, ou seja, o cômputo do período de locomoção para o trabalho como parte da jornada de trabalho, agora, com a Reforma Trabalhista, tal instituto foi abolido. Antes, o cômputo se dava quando preenchidos requisitos específicos e cumulativos: quando o local de trabalho é de difícil acesso ou inacessível por transporte público; e desde que o empregador forneça o transporte.

Ocorre que o novel §2º do art. 58 desconsidera qualquer tempo de locomoção, inclusive quando preenchidos os requisitos acima. Imagine-se, portanto, a situação dos trabalhadores que se locomovem por horas, em direção ao local de trabalho, como os trabalhadores de jazidas, com transporte, obviamente, fornecido pelo empregador.

Desconsiderar as horas de deslocamento é fechar os olhos ao desgaste que as viagens de longa duração geram sobre o trabalhador, ainda mais quando não apresentam condições adequadas. Tendo em vista que não devemos aferir uma visão restrita do conceito de trabalho ao local efetivo em que se realiza o labor, é forçoso concluir que o deslocamento também deve ser abarcado na noção de trabalho decente, principalmente quando o acesso ao local ou deve se dar com meios próprios de transporte, ou se submetendo ao fornecimento do empregador, estando ao trabalhador subordinado a ele.

É inegável perceber que falar em duração do trabalho significa falar de normas que guardam relação direta com a saúde e higiene do trabalhador, zelando por sua integridade física e mental. Dito de outra forma, são normas que têm direta relação com a noção de trabalho decente, evocando os princípios da proteção, da dignidade e da busca pelo pleno emprego, sendo normas cogentes, de ordem pública, de observância obrigatória e de aplicação imediata. Contudo, o parágrafo único do art. 611-B da CLT⁸, busca torná-las destituídas de tais caracteres, retirando a sua natureza de normas de saúde do trabalhador.

A consequência disso é a possibilidade de sua livre disponibilidade por negociação coletiva e, pelo fato de o *caput* do art. 611-A dispor expressamente que a norma coletiva prevalecerá sobre a lei, poderia uma hipotética norma coletiva atropelar, por exemplo, o art. 59 da CLT, que limita as horas extraordinárias em até 2 (duas) horas? Ou também poderia estabelecer um regime de jornada superior de 24x40? São absurdos que podemos extrair, ao interpretar que as normas de duração do trabalho não só carecem de caráter público, como também podem ser livremente negociadas (CASSAR, 2018, p. 447).

A livre disponibilização de direitos ocorre após a criação do art. 611-A da CLT, permitindo a pactuação por acordo ou convenção coletiva sobre matérias atinentes à jornada

8 Art. 611-A, parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

de trabalho, desde que respeitados os limites constitucionais de 8 horas diárias e de 44 horas semanais (art. 611-A, inciso I, CLT), sendo possível, também, a redução dos intervalos intrajornadas, desde que respeitado o limite mínimo de 30 minutos para aqueles com jornadas superiores a 6 horas (art. 611-A, inciso II, CLT), mesmo contrariando disposição expressa do art. 71, CLT, que impõe a redução de até 1 hora. O mesmo ocorre com os contratos de teletrabalho e de trabalho intermitente, cujas disposições podem ser livremente pactuadas.

Interessante notar que, no âmbito individual, os empregados com diploma superior e que recebam salário igual ou superior a duas vezes o limite do Regime Geral da Previdência Social podem livremente dispor dos direitos relacionados no art. 611-A, tendo o ajuste particular igual peso que possuem as normas coletivas, o que é um erro.

Assim, fica patente a inconstitucionalidade do citado dispositivo, tendo em vista que o art. 7º da CF/88, em seu inciso XXII, afirma ser direito constitucional do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Ora, ao afirmar que determinados tipos de normas, que antes detinham caráter de normas de segurança, não o são mais, resta patente que o postulado da vedação do retrocesso social foi violado. Não pelo simples fato de ser uma alteração desfavorável ao trabalhador, pois o problema vai além. A questão é a de terem sido retirados direitos constitucionalmente já adquiridos e que detêm caráter de indisponibilidade absoluta⁹.

Que fique claro que é possível, sim, que haja a alteração de dispositivos da legislação trabalhista, desde que não detenham previsão constitucional ou em convenções internacionais da OIT e não caracterizem um patamar civilizatório mínimo, sob pena de fossilização do ordenamento jurídico-trabalhista. Como já dito anteriormente, ainda que a noção de flexissegurança pareça ser inalcançável na realidade brasileira, restou demonstrado, empiricamente, que é possível a compatibilização de interesses de ambas as partes.

Ainda em relação à possibilidade de livre disposição de direitos existentes no rol do art. 611-A da CLT, o inciso V permite que a negociação coletiva estipule livremente quais cargos serão considerados de confiança. Tais cargos ficam excluídos do capítulo sobre duração do trabalho na CLT, ou seja, não se sujeitam a intervalos intrajornadas, ao adicional noturno e nem às horas extras, de modo que o judiciário trabalhista não poderá aferir se determinada função se trata, concretamente, de cargo de confiança, visto que se limitará à análise dos elementos essenciais do negócio jurídico, conforme dispõe o art. 8º, §3º da CLT (CASSAR, 2018, p. 448).

⁹ Ver classificação de Maurício Godinho Delgado (2017) sobre as espécies de direitos trabalhistas entre as de indisponibilidade relativa e absoluta.

Igualmente espantosa é a possibilidade de reenquadramento do grau de insalubridade, de forma que, mesmo que determinado agente nocivo seja considerado de insalubridade alta, a norma coletiva poderá reduzir o seu grau para mínimo, conforme inciso XII do art. 611-A. Já o inciso XIII, como que olvidando das implicações que um local insalubre possa causar sobre o trabalhador, permite a prorrogação de jornadas nestes locais, independentemente de análise de profissional capacitado (CASSAR, 2018, p. 451). Ambos os dispositivos versam diretamente sobre a saúde e o meio ambiente de trabalho, sendo indisponíveis, por afetarem diretamente a integridade física do trabalhador.

4.3 A GUINADA INTERPRETATIVA QUANTO À POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E O NOVO TRATAMENTO DADO ÀS INDENIZAÇÕES POR DANOS EXISTENCIAIS SOFRIDOS PELO TRABALHADOR

Apesar de a terceirização ser uma modalidade de contratação já existente no ordenamento jurídico brasileiro, ela sofreu relevantes modificações, visto que era regulada pela súmula 331 do TST e passou a ser tratada em lei. Agora, é possível haver a transferência de atividades-meio e atividades-fim, ou seja, uma empresa poderá contratar terceiros para a execução de parte ou de toda a sua atividade principal.

Em outras palavras, as hipóteses de terceirização foram ampliadas e, consequentemente, coloca-se em xeque a qualidade dos serviços terceirizados, posto que estes serão executados por trabalhadores não subordinados ao tomador de serviços, principal interessado na sua atividade, bem como atingem-se diretamente os direitos e as garantias dos trabalhadores terceirizados, que, comumente, não têm as mesmas remunerações e benefícios dos empregados do tomador de serviços, mesmo que exerçam a mesma função, frequentemente, em virtude de essa modalidade ser vista como uma opção para o barateamento da mão de obra (CASSAR, 2017, p.57). Prejudicam-se os trabalhadores, os consumidores dos serviços e toda a sociedade.

Como já adiantado, a decisão do STF pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim foi marcada pela existência de duas linhas de pensamento: de um lado, pelos defensores da terceirização sem restrições, sob o argumento de que não haveria precarização da relação de emprego e que estimularia a criação de postos de trabalho, além da redução do custo final do produto ao consumidor; de outro, dos que concordavam que a terceirização secundária já bastava, de formar a preservar os empregos nas atividades principais e

compatibilizando os princípios do valor social do trabalho e da livre-iniciativa (CORREIA, 2018, p. 1042).

Inclusive, diga-se que essa subdivisão de tipos de terceirização foi uma criação para ampliar a margem de lucro das empresas. Antes, não havia terceirização. Depois, são feitas concessões, para, enfim, chegar-se ao ponto em que estamos atualmente. Ironicamente, vê-se que, agora, o empresariado conseguiu o que queria: tornar ainda mais efetiva a extração dos lucros:

Quando a verdade irrompe, mesmo que seja outra a versão divulgada, fica evidente que a terceirização é contrária a uma política estável de empregos e sempre foi pensada e utilizada como um trunfo do capital para aumentar suas margens de lucro, ao mesmo tempo em que diminui a pressão sindical (ARRUDA, 2014, p. 145).

Com todo o respeito aos argumentos dos ministros favoráveis à terceirização-fim, com eles não podemos concordar. A terceirização, antes dessa autorização, já representava uma porcentagem considerável dentro do mercado de trabalho formal e detém maior rotatividade se comparado à taxa dos empregados contratados diretamente, além de uma jornada mais extensa de trabalho¹⁰, estando os terceirizados mais suscetíveis a acidentes de trabalho, que é justamente o que se constata (SANTOS, 2018).

Entre algumas consequências dessa decisão haverá o aumento da utilização da terceirização, para substituir os empregados contratados diretamente, e a pulverização sindical, tendo em vista que o terceirizado se vinculará ao sindicato da atividade econômica predominante de seu empregador, que é a empresa de prestação de serviços a terceiros. Aqui, surge uma contradição de trabalhadores que exerçam as mesmas funções e no mesmo local estarão representados por sindicatos distintos (CORREIA, 2018, p. 1045).

Os defensores da terceirização afirmam que a empresa contratante tem os seus custos reduzidos em 60%, significando um meio rápido e eficaz de otimização da produção. Por outro lado, a terceirização aprofundaria as diferenças sociais, como já afirmado, incentivando a alta rotatividade dos postos de trabalho, a baixa remuneração e as longas de jornada de trabalho. O trabalhador deixa de ser parte da relação contratual trabalhista e passa a ser mero objeto da negociação, entre a empresa tomadora de serviços e a prestadora (ZAPOLLA, 2018).

¹⁰ Em 2013, com a autorização de terceirizações apenas da atividade-meio, o total de terceirizados no Brasil era de 26,8% do mercado de trabalho formal, além de possuir maiores rotatividade e jornada de trabalho. Notícia disponível em: <<http://brasildebate.com.br/terceirizados-salario-menor-jornada-e-rotatividade-maiores/>>.

Com a reforma, surgiu ainda a possibilidade da chamada quarteirização, ou terceirização em cascata, que seria a possibilidade de subcontratação pela empresa prestadora de serviços. Dito de outra maneira, a empresa terceirizada transfere os serviços (já transferidos para ela) à outra empresa. Junto a isso, a Lei nº 13.467/2017, apesar de ter previsto a obrigatoriedade de haver igualdade no tratamento ambulatorial e de refeição dos terceirizados, regrediu ao prever a faculdade de a contratante e a prestadora estabelecerem igualdade salarial, violando o princípio da isonomia salarial (ZAPOLLA, 2018).

Se a terceirização e o trabalho intermitente, por si sós, são bastante prejudiciais, imagine-se a situação de um trabalhador intermitente e terceirizado, em que não saberá quando será convocado para o trabalho e nem onde prestará os seus serviços (MAIOR, 2016).

A mesma reforma incentivou o chamado fenômeno da "pejotização"¹¹, ao afirmar que, passados 18 meses, o trabalhador poderá prestar serviços ao antigo tomador, sob forma de pessoa jurídica, ainda que sob as mesmas circunstâncias, como meio de burlar a formação do vínculo empregatício e, conseqüentemente, evitar o surgimento de direitos dele decorrentes, evidenciando, mais uma vez, uma tentativa de precarização das relações trabalhistas e de fraude à legislação. O ordenamento jurídico brasileiro, pautado pelo princípio protetivo e pelo favorecimento do que realmente ocorre, em detrimento do que está escrito, detém todos os instrumentos aptos a aniquilar quaisquer tentativas de prejuízo do trabalhador e de seu tratamento como mera mercadoria.

Não satisfeito em depreciar as relações trabalhistas, o legislador, como que imbuído pela intenção de minimizar os riscos financeiros dos empresários, até mesmo após findada a relação de trabalho, promoveu o tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais, no §1º do art. 223-G¹², CLT. Diz-se após o fim da relação de trabalho, pois é comum as ações judiciais de indenização por danos extrapatrimoniais serem ajuizadas quando finalizada aquela relação.

Em que pese alguns autores advogarem que as disposições do título atinente aos danos extrapatrimoniais são aplicadas exclusivamente às relações de emprego, entende-se que ela é aplicável para todas as relações de trabalho, não só as empregatícias.

11 A "pejotização" consiste em um meio para diminuição dos encargos trabalhistas. Tal prática ocorre com a contratação de pessoas físicas, através de uma pessoa jurídica constituída para esse fim, como forma de disfarçar as relações de emprego que fariam surgir os diversos custos trabalhistas.

12 § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Curioso notar que, com a reforma, foi incluída uma cláusula de exclusão no art. 223-A, impedindo a utilização subsidiária das regras atinentes de outros códigos, como o Código Civil ou, até mesmo, a Constituição Federal, situação inédita em nosso ordenamento e, ao mesmo tempo, esdrúxula, pois é necessária uma interpretação sistemática, principalmente quando se fala em um tema tão controverso como os danos extrapatrimoniais.

Antes de mais nada consideram-se como danos extrapatrimoniais toda a lesão que ferir um interesse existencial juridicamente tutelado individual, sendo gênero que tem como espécies os danos morais, estéticos e existenciais. O dano moral coletivo é plenamente admissível, mas tem amparo normativo específico (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2018, p. 1204).

De igual modo, contrariando o Código Civil, que permite a transmissão do direito de exigir reparação com a herança e, conseqüentemente, autorizando os filhos ou o cônjuge a pleitearem a indenização, em nome próprio, do trabalhador falecido, a Reforma Trabalhista atribuiu a titularidade exclusiva do direito à reparação ao trabalhador, com o claro intuito de dificultar futuras ações judiciais e de extirpar o dano moral em ricochete.

Tal diferenciação carece de razão lógica e de isonomia: se o indivíduo vier a falecer fora de um acidente de trabalho, o direito à reparação se transmite aos herdeiros, ao passo que o acidente de trabalho teria poder de impedir a transmissibilidade do mesmo direito. Não basta limitar o trabalhador enquanto vivo, mas também fechar os olhos ao sofrimento dos familiares e às negligências que porventura tenham ocorrido, por culpa do empregador.

Por último, e não menos surpreendente, o legislador quis aferir um teto indenizatório de acordo com o salário contratual do ofendido, utilizando-se um critério unicamente econômico e inexplicável. Imaginemos uma situação de uma queda de avião, em que nele estavam uma empregada de companhia aérea com salário contratual de dois mil reais, um empregado cujo salário era de sete mil reais e um passageiro, sem qualquer vínculo empregatício com a companhia aérea. Os dois primeiros terão tetos diferenciados, ao passo que o último poderá pleitear indenização um valor irrestrito. Essa breve história demonstra a patente e descabida violação à isonomia constitucional, devendo ser prontamente repelida devido à sua inconstitucionalidade:

Reputando-se válido tal regramento, doravante os trabalhadores serão os únicos cidadãos brasileiros cuja dignidade terá um preço pré-fixado em lei, assemelhando-se a uma simples peça da engrenagem empresarial, cujo custo econômico é previamente conhecido. Trata-se de medida, ademais, que promove *absurda coisificação do ser humano*, dando *preço* àquilo que, por natureza, só pode ter *dignidade*, à luz da consagrada filosofia kantiana (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2018, p. 1212) (grifos do autor).

As explicações acima trazidas não têm o intuito de esgotar toda a listagem de alterações e novidades trazidas pela Lei nº 13.467/2017, mas expõem, de maneira clara, o intuito premeditado de todos os envolvidos no célere trâmite dessa lei. Da mesma forma, levamos a concluir que a modernização foi um termo de mera fachada, utilizada para mascarar o patente retrocesso social, que promoveu um ataque ao trabalhador e ao direito do trabalho, por todos os lados.

Sem dúvida que houve avanços em certas searas e alterações necessárias. Contudo, os aspectos negativos, se tomados como um todo, superam, e muito, o saldo positivo promovido pela reforma trabalhista, aspectos negativos estes que se chocam diretamente com a vedação ao retrocesso social e com o trabalho decente, devendo ser extirpados, por contrariarem diretamente o norte posto pela Constituição Federal.

5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO: A LEI Nº 13.467/2017 EM DIÁLOGO COM A NORMATIVA INTERNACIONAL-CONSTITUCIONAL

O controle de convencionalidade representa o diálogo entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional, promovido tanto pelos organismos internacionais, através da análise dos atos adotados pelos Estados internamente, quanto realizado pelos próprios Estados, constituídos, cada um, pelos seus poderes independentes, de maneira a se conformarem às convenções e declarações ratificadas e com plena vigência no plano interno.

Dessa forma, buscar-se-á de que maneira a Reforma Trabalhista dialoga ou vai de encontro com as convenções e declarações internacionais, e de que maneira o Poder Judiciário poderá combater as alterações formuladas, mediante o uso de instrumentos processuais fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE DIÁLOGO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAL E NACIONAL

A progressiva preocupação com os direitos humanos, principalmente a partir dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, em que se buscou limitar a atuação soberana dos Estados, em detrimento dos seus respectivos cidadãos, representou a superação da noção corriqueira de que as normas internacionais prescindiam de força obrigatória, permitindo a abertura, por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, ao diálogo com os ordenamentos jurídicos internacionais.

Estaríamos presenciando uma era dos direitos, segundo Norberto Bobbio (2004) marcada pelo ressurgimento e pela internacionalização dos direitos humanos, - também conceituado como *human rights approach*. Para alcançar um ordenamento jurídico de proteção completa, é necessário o constante diálogo entre as normas jurídicas oriundas do âmbito nacional e aquelas vindas do âmbito internacional. Afirmar isso significa que ambas precisam apresentar aperfeiçoamentos e garantir, efetivamente, a proteção da pessoa humana. Daí surge o debate acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno e o consequente posicionamento daqueles, num contexto em que vai de encontro à outrora noção de que os tratados prescindiam de força obrigatória.

Atualmente, entende-se que as normas que resguardam os direitos humanos têm caráter universal e apresentam natureza de *jus cogens*, cujas bases consistem na dignidade da

pessoa humana, acarretando o reconhecimento de que todo ser humano possui um patamar mínimo de direitos considerados fundamentais (GUERRA, 2015, p.92).

Conforme estudo comparado, realizado por Antônio Augusto Cançado Trindade (1997, p. 404-408) e por Flávia Piovesan (2012, p. 69-70), vê-se, com o passar dos anos, o impacto favorável que as normas internacionais realizam sobre as diversas constituições, a exemplo da Constituição Portuguesa de 1976, da Constituição Alemã de 1949, da Constituição Paraguaia de 1992, da Constituição Argentina de 1994, da Constituição Espanhola de 1978, da Constituição Dinamarquesa de 1953, da Constituição Chilena de 1980, da Constituição Equatoriana de 2008, da Constituição Hondurenha de 1982, da Constituição Colombiana de 1991 e da Constituição Brasileira de 1988, que, cada um a seu modo, dispõem sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais ratificados pelos respectivos Estados.

No contexto brasileiro, registre-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343 pela suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao procedimento de rito qualificado que tornam tais normas equivalentes às emendas constitucionais, conforme o § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988¹³. Ressalte-se que um tratado internacional pode ser formalmente suplegal ou equivalente à emenda constitucional, mas será considerado materialmente constitucional, independentemente da sua posição hierárquica, compondo o que Flávia Piovesan (2013, p. 129) define como um bloco de constitucionalidade.

Conforme leciona o professor Antônio Moreira Maués (2013, p.218-219), tal parágrafo foi incluído pelos seguintes motivos: primeiro, para possibilitar a supremacia formal e material apenas da Constituição, sobre todo o ordenamento jurídico; segundo, para permitir que os próprios tratados internacionais possam ser objeto do controle de constitucionalidade; terceiro, para evitar que a expressão "direitos humanos" se torne demasiadamente ampla; e quarto, por entender-se que nem todo tratado internacional será equiparado à norma constitucional, em virtude da inclusão do § 3º do art. 5º da CF/88.

Além de possibilitar o controle de constitucionalidade dos próprios tratados internacionais de direitos humanos e de obstaculizar a conversão destes ao patamar constitucional, em virtude do abrangente termo “direitos humanos”, a marcante decisão do STF gera o efeito de que a tese da suprallegalidade impede que os tratados internacionais de direitos humanos sirvam de parâmetro para controle de constitucionalidade, não se prestando para a análise das leis e de atos normativos (MAUÉS, 2013, p. 219).

13 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

Quer isso dizer que, para o STF, a Constituição Federal de 1988 continuaria sendo o único parâmetro para o controle de constitucionalidade, utilizando-se os tratados internacionais apenas como guias interpretativos, fornecendo critérios hermenêuticos para aferir o conteúdo de leis e de dispositivos normativos, além de definir de que forma as normas constitucionais deverão ser interpretadas. Ora, pelo fato de os tratados serem utilizados como parâmetros interpretativos, conclui-se que a única diferença entre a suprallegalidade e constitucionalidade seria puramente processual, pois, até passarem a ser formalmente constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos não poderão ser utilizados como causa de pedir (MAUÉS, 2013, p.228).

Obviamente que a incorporação das normas internacionais não significa a observância dos mesmos, na realidade concreta, porém, impossível negar que tal etapa é imprescindível para o efetivo processo de implementação dos direitos humanos. É comum que o procedimento de internalização seja resumido apenas à mera incorporação dos tratados internacionais e ao debate sobre qual seria a posição hierárquica de tais tratados, no ordenamento nacional (CARDOSO, 2007, p. 270), havendo outras duas fases que a precederiam e que, juntas, formariam o chamado processo normativo transnacional. As demais etapas seriam, respectivamente, o debate e a interpretação das normas internacionais, por parte dos sujeitos internacionais.

Todas as três etapas influenciariam o aumento do grau de respeitabilidade, por parte dos Estados, à determinada norma internacional – o chamado *enforcement*. Do contrário, a simples incorporação do tratado e o debate de sua posição hierárquica não resultaria em maior cumprimento das disposições dos tratados, diante de casos concretos (LIRA, 2016, p. 527).

Outra questão que vem à tona diz respeito à necessidade de prévio esgotamento dos recursos internos, para que um caso de violação seja admitido perante os órgãos ou tribunais internacionais, como forma de fomentar o diálogo e o papel dos tribunais internos, além de evidenciar a relação de subsidiariedade entre tais jurisdições, de modo que o Estado possui o papel de principal garantidor dos direitos humanos, cabendo a ele, primeiramente, a oportunidade de cessar a violação e prover a sua respectiva reparação.

Como consequência disso, cabem aos tribunais internos o respeito e a atuação em conformidade com as decisões jurisprudenciais internacionais, além da promoção de quaisquer alterações constitucionais ou infraconstitucionais que sejam necessárias, para a harmonização das disposições dos ordenamentos internacionais ratificados, pois não se pode alegar a existência de determinado dispositivo nacional, como justificativa para desatender os mandamentos dos documentos internacionais.

Eis, então, que surge o controle de convencionalidade como ferramenta garantidora do diálogo entre ambas as jurisdições, sendo um tema bem consolidado na seara do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos elaborado diversos julgados e obras atinentes ao tema, o mesmo não ocorrendo na seara laboral internacional, motivo pelo qual é necessário um aprofundamento no sistema regional de direitos humanos.

O controle de convencionalidade consiste numa ferramenta que permite aos Estados concretizar a obrigação de garantia dos direitos humanos no âmbito interno, por meio da verificação da conformidade das normas e práticas nacionais, com a Convenção Americana de Direitos Humanos e a sua jurisprudência correlata (CORTE IDH, 2015, p.2), tendo aparecido pela primeira vez no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cuja sentença foi proferida em setembro de 2006.

Em termos mais práticos, a atividade de aferir a consonância ou compatibilidade entre os atos, omissões ou leis domésticas e as normas internacionais, aqui estando abarcados os tratados de direitos humanos, costumes e princípios gerais do direito internacional, trata-se de meio imprescindível para a efetiva incorporação de normas internacionais, pois permite que o sistema internacional interaja com o judiciário do respectivo Estado, debatendo, interpretando e confrontando determinado tratado internacional com a norma doméstica, podendo acarretar, inclusive, a declaração de incompatibilidade desta (LIRA, 2016, p. 536).

Esclarecido o conceito, contudo, vê-se que há abordagens diferentes para a maneira como o controle de convencionalidade se desenvolverá. Há aqueles que diferenciam entre o controle difuso, a ser feito pelo poder judiciário em cada caso concreto e com efeitos *inter partes*, e o controle concentrado de convencionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal e com efeitos *erga omnes*, ao passo que outros defendem a classificação a depender do órgão que o exerce, havendo os controles nacional (exercido pelos juízes e tribunais nacionais) e internacional (exercido por órgãos internacionais) de convencionalidade.

Constata-se, pois, que é deixado o sistema do *domestic affair*, em que a tutela dos direitos caberia exclusivamente aos juízes nacionais, e parte-se para o sistema do *international concern*, em que os juízes internacionais, na omissão dos nacionais, providenciarão tal tutela (MAZZUOLI, 2011, p. 164).

Contudo, tendo em vista que na seara laboral internacional não há um órgão internacional julgador, como ocorre com a Corte IDH, o controle exercido de maneira nacional ganha ainda mais importância. Não é somente por esse motivo que o controle nacional de convencionalidade passa a ser o centro das atenções. Um outro motivo diz respeito à atuação

do próprio sistema judiciário estatal, não sendo necessária a intervenção de organismos internacionais, que só atuam de maneira complementar, diante da omissão do próprio Estado.

Já a subdivisão entre controles difuso e concentrado perde a importância, pois já se constatarem, inclusive na seara trabalhista, acórdãos de Tribunais Regionais Trabalhistas que, de início, fixaram entendimentos à luz das convenções da OIT, mas que, ao chegarem nos tribunais superiores, no caso, o TST, tiveram resultado revertido. Se fosse possível, ainda, a arguição perante o STF, sem dúvida que este, diante da tendência dos seus últimos posicionamentos, como a que decidiu pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim e ignorando todos os precedentes já construídos, se posicionaria no sentido de negar interpretação conforme as mesmas convenções.

Foi o caso do Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384, interposto em face de acórdão do TRT da 2ª Região. Nesse caso, a 7ª Turma do TST, em 03 de abril 2014, negou provimento ao RR, pugnando pela possibilidade de cumulatividade entre adicionais de insalubridade e periculosidade, conforme as convenções nº 148 e 155 da OIT, tornando sem efeito a disposição do §2º do art. 193 da CLT que vedava tal acumulação. Contudo, em sede de Embargos ao TST, em 13 de outubro 2016, a decisão do RR foi revertida pela Seção de Dissídios Individuais-1 (SDI-1), de forma que a vedação dos adicionais foi aplicada, afastando-se as disposições dos tratados internacionais. O mesmo ocorreu nos Embargos ao TST nº 1081-60.2012.5.03.0064, que negou a aplicação de ambas as convenções:

ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE

[...]

2. No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do art. 193 da CLT).

[...]

4. Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. **As Convenções nºs 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos.** Não há, pois, em tais normas internacionais preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT.

5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir.

6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o

pagamento cumulativo dos respectivos adicionais — arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, dispare e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese há direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais.

7. Incensurável, no caso, acórdão de Turma do TST que nega a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade se não comprovada, para tanto, a presença de causa de pedir distinta.

8. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento. (TST - E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064, Relator: Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data do Julgamento: 28/04/2016, Data da Publicação: 17/06/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais) (grifos nossos).

Já em outro processo, no RR nº 1871-87.2013.5.12.0022¹⁴, a 7ª Turma, seguindo a mesma trilha de pensamento, resolveu por aplicar as convenções já citadas, permitindo compatibilizar o ordenamento interno com a normativa internacional e, consequentemente, autorizando a cumulação entre os adicionais. Nesse caso, houve o trânsito em julgado do processo, contribuindo para um importante precedente na seara trabalhista de controle de convencionalidade, sem ter ocorrido qualquer reversão do resultado:

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT **não foi recepcionada** pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. **Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma**

14 O acórdão está disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2014&numProcInt=292763&dtaPublicacaoStr=14/08/2015%2007:00:00&nia=6434309>>.

materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. **Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT.** Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST – RR – 1871-87.2013.5.12.0022, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Data do julgamento: 12/08/2015, 7ª Turma, Data de publicação: DEJT 14/08/2015) (grifos nossos).

Outro tema bastante recorrente no judiciário trabalhista e que traz à baila conhecimentos de direito internacional diz respeito ao direito às férias proporcionais, por ocasião da demissão por justa causa obreira. Ao passo que o parágrafo único do art. 146 da CLT veda o pagamento do período aquisitivo incompleto das férias nas hipóteses de demissão por justa causa do empregado, a Convenção nº 132, no §1º do art. 4º e no art. 11, afirma que toda pessoa tem direito às férias proporcionais, por ocasião da rescisão contratual. É evidente que os dispositivos se contradizem e o da norma internacional é mais favorável.

Contudo, o TST editou, em maio de 2004, a súmula nº 171, cujo teor exclui o empregador da obrigação de pagar as férias proporcionais, na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, mesmo a Convenção nº 132 tendo sido ratificada antes dessa data. Alguns tribunais regionais ainda têm se posicionado no sentido de prevalência da norma internacional, embora as decisões tendam a ser revertidas, caso cheguem ao TST:

[...] **2. JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT.** Mesmo reconhecida a justa causa aplicada pela reclamada, assiste razão ao empregado quanto ao pagamento proporcional das férias + 1/3, com base na Convenção 132 da OIT da qual nosso país é signatário. Com efeito, tal instrumento foi ratificado pelo Brasil, através do Decreto n.º 3.197, de 05/10/99, que incorporou seus termos, destacando-se o art. 11, que assegura o pagamento proporcional das férias ainda não desfrutadas. Diferentemente da legislação interna (art. 146, § único da CLT), na Convenção mencionada não há ressalva a obstar o recebimento das férias proporcionais em caso de dispensa por justa causa, vez que o direito ao descanso se incorpora mês a mês ao patrimônio jurídico do empregado, devendo ser quitada a parcela proporcional (avos) em todas as formas de resolução do contrato de trabalho. Ora, as Convenções da OIT (e dentre estas a de número 132) são normas de caráter supralegal, conforme entendeu o STF no julgamento referente à incidência do Pacto de São José da Costa Rica, quando da edição da Súmula Vinculante 25, já que estes instrumentos internacionais dispõem sobre direitos humanos fundamentais: o direito ao lazer, ao descanso e à desconexão ao trabalho. **Tenho, pois, que prevalece a referida Convenção, em seu art. 11, neste particular, vez que ratificada pelo Brasil, sobre a legislação infraconstitucional restritiva, entendimento este aprovado, inclusive, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho do TST.** Recurso obreiro a qual se dá provimento no particular. (TRT 2ª Região – RO – 1001332-94.2017.5.02.0070, Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Data do julgamento: 20/02/2018, 4ª Turma, Data de publicação: 20/02/2018).

Desconsiderar a aplicabilidade das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Estado brasileiro, ou aplicá-las apenas nos casos de omissão legislativa interna significa adotar uma visão restritiva, olvidando a primazia da norma mais favorável, princípio trabalhista inerente ao nosso ordenamento, e a interpretação *pro homine*, que consiste em cláusula geral do direito internacional (BONFIM, 2017, p. 109). É, também, esquecer que passamos por um momento de transconstitucionalismo (CUNHA JÚNIOR, 2015), marcado pela comunicação entre a força normativa da Constituição e a progressão da tutela concedida ao ser humano, prevista no plano internacional, como forma de enfrentamento de problemas que perpassam, simultaneamente, por mais de uma ordem jurídica.

Vê-se, portanto, que o arcabouço infraconstitucional deve se compatibilizar com as diretrizes internacionais, quando estas forem mais favoráveis. Havendo disposição interna mais favorável, esta prevalecerá, em virtude do princípio trabalhista de primazia da norma mais favorável (CORDEIRO, 2018, p. 392-393). Vê-se, também, que a utilização do aludido controle é uma obrigação não exclusiva do Poder Judiciário, sendo passível de utilização pelos outros poderes no limite de suas competências. Além disso, o controle exercido deverá ser realizado *ex officio*, podendo acarretar a supressão das normas contrárias à normativa internacional ou a sua conforme interpretação.

Apesar de um rol de características ter sido elencado, a Corte Interamericana não fixou um modelo específico para a realização da análise de convencionalidade, desde que estas sejam exercidas pelas autoridades do Estado, nos mais variados níveis ou hierarquias. No que tange ao controle de convencionalidade exercido pela justiça especializada em matéria laboral, este caberia a todo e qualquer juiz ou tribunal que esteja vinculado à justiça do trabalho (BONFIM, 2017, p. 137).

Superado o debate acerca do papel do controle de convencionalidade, passa-se à análise de alguns dispositivos da Reforma Trabalhista que colidem com a normatividade internacional.

5.2 A ANÁLISE DA INCONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO ARCABOUÇO JURÍDICO DA OIT

Uma das características das normas internacionais é a de conter dispositivos que concedem tratamentos genéricos, raramente apresentando comandos objetivos a determinado tema. No que tange aos direitos sociais, essa questão é melhor percebida, em virtude de cada Estado possuir legislações com diferentes regramentos, cabendo um comportamento mais

genérico às organizações internacionais (CORDEIRO, 2018, p. 196). Isso ocorre pelo fato de que, amparado pelo princípio *pro homine* e de uma interpretação que extraia o teor mais benéfico da norma em análise, o intérprete ou legislador opte em conceder um tratamento com garantias superiores ou igual ao mínimo já concedido na seara internacional.

É à luz das convenções da OIT que alguns dispositivos introduzidos ou alterados pela Reforma Trabalhista devem ser analisados. Inicie-se citando o processo de criação da aludida lei, cuja duração foi de sete meses, sem o devido procedimento de discussão, como já foi demonstrado nos capítulos anteriores. Ocorre que a OIT, em sua Convenção nº 144 e incorporada pelo Brasil através do Decreto nº 2.518 de 1998, no art. 2º, parágrafo 1º, afirma que devem ser garantidas consultas entre representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores, quando houver propostas apresentadas ao governo e que haja dúvidas se estão em conformidade com as convenções e recomendações da OIT.

Embora mesmo que seja reconhecido o vício de iniciativa, dificilmente a ausência da consulta tripartite acarretaria a revogação da Lei nº 13.467/17. Contudo, uma posterior consulta da população, mais especificamente dos representantes da classe econômica poderia ajudar a criar um diálogo e promover alterações que agradem todos os lados. Devemos lembrar, aqui, que o controle de convencionalidade não é um instrumento exclusivo do poder judiciário, sendo possível a sua utilização pelos demais poderes.

O cômputo das horas *in tinere* como parte da jornada de trabalho do trabalho ocorria quando o próprio empregador ofertava meio de transporte próprio ao empregado e o local de trabalho se encontrava em área de difícil acesso ou desprovido de transporte público, requisitos esses que eram cumulativos. Com a reforma trabalhista, tal cômputo foi suprimido por completo pelo art. 58, §2º da CLT, não havendo nenhuma hipótese de cômputo do percurso, como parte da jornada de trabalho, desconsiderando aqueles trabalhadores que levam horas para chegar ao local de trabalho.

Ocorre que a Convenção nº 155 da OIT versa sobre a segurança, saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, estabelecendo no art. 3º, alínea c, que local de trabalho significa todos os lugares onde o trabalhador esteja sob o controle direto ou indireto do empregador. A decorrência lógica desse dispositivo é a de reconhecer que, durante o trajeto, o trabalhador está com sua liberdade limitada, sob submissão e controle do empregador, pelo fato de o transporte ter sido fornecido por este, de forma a justificar a proteção laboral concedida ao trabalhador (CORDEIRO, 2018, p. 399).

Assim, dever-se-ia ser aplicado o referido artigo convencional, de forma a derrogar parcialmente o parágrafo introduzido, no que atine à desconsideração do período em que o

trabalhador se desloca, por meio de transporte fornecido pelo empregador, como tempo à disposição.

A análise seguinte toma por base a Convenção nº 122 da OIT, que versa sobre a implementação de políticas de emprego, como forma de erradicar o desemprego, conceder um trabalho digno ao trabalhador, livre de quaisquer práticas discriminatórias e, também, de capacitá-lo. Tal convenção foi incorporada nacionalmente através do Decreto nº 66.499 de 1970 e deixa claro o que já foi exposto nos capítulos anteriores: o dever de os Estados-membros promoverem políticas públicas e de garantirem o trabalho digno a todos os trabalhadores, conciliando o desenvolvimento econômico com a elevação dos níveis de vida:

Artigo 1º, 1 – Com vista a estimular o crescimento e desenvolvimento económico, elevar os níveis de vida, corresponder às necessidades de mão-de-obra e resolver o problema do desemprego e do subemprego, cada Membro deverá declarar e aplicar, como objectivo essencial, uma política activa com vista a promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido.

Através de uma interpretação sistemática da convenção, entende-se que o objetivo principal dela é pugnar pela atuação estatal como forma de evitar ou dirimir a questão do desemprego, mas também a do subemprego, aqui compreendida como aquela situação de trabalho em condições precárias, cuja remuneração seja baixa, a jornada de trabalho seja curta e a produtividade seja escassa, acarretando em ociosidade do trabalhador quando não se encontra em atividade.

Se a intenção da convenção é a de conciliar o desenvolvimento econômico, o combate ao desemprego e a elevação dos níveis de vida, certamente que a Reforma Trabalhista, caminhou na contramão da norma internacional, a começar pela criação das já citadas modalidades alternativas de contrato de trabalho.

O trabalho intermitente, como já demonstrado, busca requisitar os serviços do trabalhador apenas quando o empregador necessite, normalmente quando sua atividade econômica tiver maior demanda, necessitando de um maior número de trabalhadores. No resto do tempo, o contrato fica suspenso, não havendo remuneração e nem previsão de quando será chamado de novo.

Ora, se o intuito da convenção é a de garantir o pleno emprego, aqui entendida como aquele trabalho que busque as melhores condições de vida do trabalhador, abarcando um trabalho produtivo com remuneração justa, segurança contra a sua saúde e a possibilidade de desfrutar uma vida decente ao lado de seus familiares, para o trabalhador intermitente conseguir uma remuneração justa deverá se filiar a diversos empregadores, em virtude de o

trabalho intermitente, geralmente, não ser suficiente para garantir o sustento seu e de sua família.

Não basta uma remuneração justa, pois é preciso conseguir conciliá-la com o gozo do tempo com os familiares e com o tempo de descanso. Do contrário, ao haver um desequilíbrio nessa relação, atenta-se contra o último quesito do trabalho decente citado, que seria a saúde. São incalculáveis os temores causados pela incerteza do trabalho (tanto é que estabilidade é um dos fatores buscados no emprego), principalmente quando se tem uma família dependente do trabalhador, os efeitos psicológicos e físicos decorrentes de tal problemática, por certo, vão de encontro a qualquer noção de boa qualidade de vida do trabalhador, beneficiando apenas o empregador.

Tanto é que o direito comparado já exposto demonstrou que os demais Estados optaram por limitar a aludida modalidade de contratação, ou por aboli-lo definitivamente. Assim, nota-se que o exame de convencionalidade à luz da Convenção nº 122 possibilitaria a revogação integral do contrato de trabalho intermitente, o que é a opção menos provável, ou a sua adaptação, aferindo critérios limitadores, por omissão do Poder Legislativo, como uma remuneração mínima obrigatória, independente da jornada trabalhada, ou uma jornada máxima de trabalho em tal modalidade.

A Convenção nº 122 também pode ser utilizada como paradigma para análise da terceirização, bem como as considerações acerca do trabalho decente. Primeiro, pois o trabalho decente remete à ideia daquele trabalho feito em condições de igualdade, sem qualquer discriminação e com baixa rotatividade, o que não ocorre com a possibilidade de terceirização da atividade-fim, por fomentar um aumento no grau de rotatividade e por permitir a pactuação de diferenças salariais, ferindo a igualdade. Segundo, pelo fato de a terceirização da atividade-fim ser um desrespeito à sociedade, pois a empresa se utilizará de trabalhadores que podem não ter a capacitação necessária para realização da atividade com bom aproveitamento, correndo o risco de ser acometidos por acidentes de trabalho e por doenças decorrentes do labor. Outra convenção que veda a discriminação que macule a igualdade de oportunidades e tratamento é a de nº 111, sendo possível a sua utilização como paradigma.

Nos dizeres de Peter Poschen, diretor da OIT no Brasil, a terceirização é uma realidade, porém deve ser realizada com precauções e analisada sobre as condições em que é executada (WENTZEL, 2017).

O mesmo raciocínio atinente ao trabalho intermitente poderá ser aplicado ao teletrabalho. Aqui, contudo, não é incerteza quanto à convocação do trabalhador que é o

fulcro da questão. Pelo contrário, a preocupação envolve o aumento da intervenção do empregador, na vida do teletrabalhador. A linha entre o descanso e o trabalho, ambos realizados no lar, fica bastante tênue, criando um direito do trabalhador à desconexão.

A invasão exagerada do empregador, propondo metas inalcançáveis e exigindo que o trabalhador sacrifique seu tempo de lazer já foi reconhecido pelo judiciário trabalhista, gerando indenização por danos existenciais, decorrentes de uma violação ao direito à desconexão, como se vê no seguinte julgado:

DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora (TRT 4ª Região. 4ª Turma. RO 0001533-23.2012.5.04.0006, Rel. Des. André Reverbel Fernandes, j. 10.06.2014) (grifos nossos).

Do mesmo modo, a 7ª Turma do TST, no Agravo de Instrumento no RR nº 2058-43.2012.5.02.0464 reconheceu a existência do direito à desconexão, principalmente devido à precarização de direitos trabalhistas relativos aos trabalhos a distância, por não haver controle de jornada e nem critérios definidos quanto aos limites diários, sendo as razões para o surgimento de doenças ocupacionais relacionadas à depressão e à ansiedade, privando o trabalhador de uma vida saudável.

No referido julgado, a Corte reconheceu não só o amparo constitucional (arts. 6º; 7º inciso IV; e 217, § 3º) ao direito à desconexão, mas também o respaldo internacional:

Finalmente, a proteção não se limita ao direito interno. Mencione-se, na mesma linha, diversos diplomas normativos internacionais, que, ou o reconhecem de modo expresso, ou asseguram o direito à limitação do número de horas de trabalho, ora destacados: artigos 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936); XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; e 7º, “g” e “h” do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), os dois últimos ratificados pelo Brasil. Nesse contexto, mostra-se incontrolável a conduta antijurídica da empresa que violou direito fundamental decorrente de normas de ordem pública. Os danos causados, pela sua natureza *in re ipsa*, derivam na própria natureza do ato e independem de prova. Presente o nexo de causalidade entre este último e a conduta patronal, está configurado o dever de indenizar. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST – AIRR – 2058-43.2012.5.02.0464, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Data do julgamento: 18/10/2017, 7ª Turma, Data de publicação: DEJT 27/10/2017).

Em que pese os diplomas normativos não serem as convenções da OIT, restou clara a possibilidade de diálogo com a seara internacional e a aferição de compatibilidade com esta última, motivos que levaram à manutenção da indenização.

Outra questão igualmente relativa ao teletrabalho diz respeito aos arts. 75-D e 75-E, dispositivos celetistas que permitem a pactuação de uma cláusula que preveja a responsabilidade exclusiva do trabalhador pelas despesas com os equipamentos de trabalho, enquanto o outro atribui ao empregador o dever de mera orientação de medidas necessárias para prevenir doenças e acidentes de trabalho, como se tivesse o poder de isentar o empregador de eventual reparação de danos, devendo o trabalhador assinar um termo de responsabilidade.

Ora, primeiramente, os riscos do negócio recaem sobre o empregador e não podem ser invertidos. Segundo, a Convenção nº 155 da OIT, no art. 16, expressamente dispõe que o empregador é responsável integralmente por fornecer os equipamentos de trabalho e por garantir a higidez do local de trabalho, devendo adotar medidas que garantam a saúde e a segurança dos trabalhadores. Em diálogo com a normativa da OIT, os códigos trabalhistas de Portugal e da França presumem a responsabilidade do empregador no custo dos equipamentos (CORDEIRO, 2018, p. 402). Nesse diapasão, por meio do controle de convencionalidade, deve-se conceder uma interpretação compatibilizadora, tornando sem efeitos os dispositivos citados, para que o ônus de responsabilidade volte a recair sobre o empregador.

Quanto ao regime de tempo parcial, poder-se-ia argumentar que esta foi uma medida de estímulo ao subemprego, vedado pelo art. 1º da Convenção nº 122 da OIT, ao promover o aumento da jornada de 25 para 30 horas semanais ou, até mesmo, 32 horas. Ademais, o art. 10, §3º da Convenção nº 168 da OIT, que versa sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego, dispõe que todo Estado-membro deverá conceder indenização ao trabalhador em tempo parcial que esteja à procura de um trabalho em tempo integral.

Tal medida incentiva a procura de um trabalho com melhores condições, em tese, de trabalho e desestimula os empregadores de fornecerem regimes de trabalho parciais. Lembre-se que o trabalhador pode aceitar tal modalidade de regime por falta de oportunidades, servindo o aludido dispositivo como mais um incentivo. Dessa forma, através do controle de convencionalidade, vê-se que o regime parcial de trabalho é tratado como subsidiário, sendo possível arguir que a sua ampliação e ausência de alguma contrapartida, por parte do empregador, foram de encontro às convenções supracitadas.

No que tange às disposições que permitem a livre negociação sobre matérias relativas à saúde e ao meio ambiente no trabalho, como o reenquadramento do grau de insalubridade e

a desconsideração da natureza das normas de duração do trabalho como normas protetivas de saúde, a Convenção nº 155, em seu art. 4º e 8º, pugna que os Estados-membros reduzam os riscos à saúde do trabalhador e adotem uma política legislativa coerente nessa matéria, de forma a proteger o trabalhador.

Ora, ao possibilitar a livre negociação sobre matérias de segurança e saúde que antes não eram permitidas, o comportamento estatal vai de encontro à norma internacional, devendo ser revogado o parágrafo único que retira a natureza protetiva das normas de duração do trabalho, por igualmente violar o ordenamento jurídico interno, como já concluiu o TST, nos autos do RR nº 24082-66.2016.5.24.0091:

[...] 2. O exercício dessa autonomia negocial coletiva, no entanto, não é absoluto e não pode alcançar normas que contrariem as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores (LC 75/93, art. 83,IV), **entre as quais se destacam as regras de proteção à saúde e segurança do trabalho** (CF, artigos 7º, XXII, 21, XXIV c/c o artigo 155 e ss. Da CLT) – que integram o núcleo essencial do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). [...] 5. Afinal, **a delimitação da duração do trabalho**, objeto das principais lutas operárias desde o alvorecer dos estados modernos (vide a Convenção nº1 da OIT), **transcende o aspecto meramente patrimonial e atinge a tutela da saúde e segurança do trabalho**. [...] (TST- RR nº 24082-66.2016.5.24.0091, Rel. Min. Douglas Alencas Rodrigues. Data de julgamento: 11/10/2017, 5ª Turma, data de publicação: DEJT: 20/10/2017 (grifos nossos).

Destarte, resta demonstrada a possibilidade de exercício de convencionalidade, ao menos na teoria, sobre alguns dos principais dispositivos inseridos ou alterados pela Reforma Trabalhista. Contudo, a questão que surge indaga como seria exercido o aludido controle, *in concreto*, pelo judiciário trabalhista, questão esta que será analisada no tópico seguinte.

5.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE TRABALHISTA NO JUDICIÁRIO TRABALHISTA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PROCESSUAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES CONDIZENTES COM A NORMATIVA INTERNACIONAL

A grande problemática do controle de convencionalidade é pensar como se daria a sua aplicação. No momento em que nos encontramos, é comum o controle de convencionalidade fazer sua clássica aparição de maneira isolada, por tribunais ou juízes com entendimentos condizentes e a par do direito internacional. A existência de julgados nesse sentido contribui para o surgimento da discussão e é saudável para a construção de precedentes em diálogo com

as convenções ratificadas, mas não no ritmo desejável, principalmente quando tais decisões são revertidas pelas instâncias superiores.

Nesse cenário, surge o Código de Processo Civil de 2015, que em seu art. 926 atribui aos tribunais o dever de uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente. Tais termos remetem à noção de que as legislações infra e constitucionais devem ser analisadas como componentes de um sistema orgânico, incluindo-se, aqui, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil (BONFIM, 2017, p. 140).

Por integridade e coerência, entendam-se como meios de restringir o surgimento de interpretações de norma jurídica que criem significados variados, cabendo aos juízes e tribunais realizarem uma autorreferência às próprias decisões (CHAVES *et al*, 2016, p.134).

Por outros dizeres, devemos aproveitar a inserção da aludida cláusula do CPC e suscitar debates no Poder Judiciário relativas à aplicabilidade dos tratados internacionais, sob pena de construção de uma jurisprudência que fecha os olhos aos tratados internacionais ratificados, contribuindo para a formação de um sistema de precedentes engessado, que será seguido pelos diversos tribunais.

Esse engessamento citado se concretiza com o art. 927 do CPC, que apresenta a força vinculante das decisões em sede de acórdãos em incidentes de assunção de competência ou em resolução de demandas repetitivas, das orientações do plenário ou do órgão especial aos quais os tribunais ou juízes estiverem vinculados, assim como das súmulas do STF e do STJ:

Assim, atenta-se para o risco de efeito cascata da adoção de entendimentos que vão de encontro com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pelo uso desse instrumento processual. Isso porque, há vinculação da decisão não apenas aos órgãos fracionários do TST, sejam colegiados, sejam ministros em julgamento monocrático, mas também a todos os demais Regionais do Trabalho e juízes do país, salvo revisão de tese (BONFIM, 2017, p. 151).

Tais dispositivos são aplicáveis ao processo do trabalho de modo subsidiário, em razão de omissão normativa da CLT (CHAVES *et al*, 2016, p.139) conforme já se posicionou o próprio TST, na Instrução Normativa nº 39/2016:

Art. 3º: Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: [...]
XXIII – arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais).

Dessa forma, o sistema processual brasileiro dispõe de alguns instrumentos processuais que permitem a discussão do controle de convencionalidade na seara trabalhista,

sendo os principais meios de construção de um entendimento consolidado, por parte do tribunal, que vinculará futuros casos análogos. Os citados meios se consubstanciam em três, essencialmente: o incidente de assunção de competência (IAC), o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de recursos de revista repetitivos (IRRR).

O IAC consiste em um meio preventivo que impede o surgimento de decisões divergentes e encontra-se previsto no art. 896, §13 da CLT, destituído, porém de um procedimento próprio, motivo pelo qual é aplicável o procedimento previsto no art. 947 do CPC (LEITE, 2018, p. 1302).

O IAC será instaurado pela Seção de Dissídios Individuais (SDI) do TST, deslocando a competência ao plenário do mesmo, em casos que envolvam relevantes questões de direito e com grande repercussão social, mas que não estejam se repetindo em múltiplos processos, e nos casos em que seja necessário prevenir futuras divergências entre as turmas de um tribunal. Não há a suspensão dos processos que contenham a mesma discussão de direito, diferentemente do IRDR. Com a decisão do processo, o acórdão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, demonstrando seu efeito *erga omnes*.

Nota-se, aqui, que a iniciativa parte de cima para baixo, cabendo ao próprio TST a aplicação do controle de convencionalidade e que deverá ser seguido pelas próprias seções e turmas do TST, como também pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos juízes de primeira instância.

O IRDR, previsto no art. 976 do CPC/2015, é igualmente aplicável ao processo trabalho, conforme já explicitou o art. 8º da Instrução Normativa nº 39 de 2016. Ele se diferencia ao IAC, pois pressupõe a existência de múltiplos processos com identidade fática e de direito, que necessitam de uma decisão uniforme, que vinculará a todos, sob pena de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

A instauração do aludido incidente será dirigida ao presidente do tribunal respectivo, dando-se por petição pelas partes ou pelo Ministério Público, ou de ofício pelo juiz ou relator. A competência será do pleno ou de órgão especial do tribunal, a depender do regimento interno, cujo relator determinará a suspensão imediata dos processos pendentes de julgamento (LEITE, 2018, p. 1316)

Diferentemente do IAC, que somente poderia ser suscitado pelo próprio TST, o IRDR pode ser suscitado em todas as instâncias do judiciário trabalhista, desde o juiz do trabalho, passando pelo TRT, até o próprio TST. No IRDR, portanto, constata-se a possibilidade de construção de uma jurisprudência consoante com os tratados internacionais que parte de baixo para cima. Caso seja suscitado por um juiz do trabalho ou pelo TRT, a suspensão afetará os

casos pendentes na área de jurisdição do respectivo tribunal. Caso seja suscitado pelo próprio TST, a suspensão terá abrangência nacional (PRITSCH, 2018, p. 65). No caso de pedidos cumulativos, é possível a suspensão parcial apenas das questões relativas à tese afetada, de modo que as demais questões de mérito poderiam, até mesmo, ser julgadas através do julgamento parcial de mérito (DUARTE, 2017, p. 209).

Deve-se deixar claro que ambos os incidentes tratados são processuais e recursais, ou seja, são aplicados tanto a recursos quanto a processos de competência originária dos tribunais (PRITSCH, 2018, p. 65).

O último instrumento processual se trata do procedimento de uniformização via recursos repetitivos, também chamado de julgamento por amostragem ou incidente de recursos de revista repetitivos (IRRR), previsto no art. 896-C da CLT e aplicável apenas aos recursos de revista, que são de competência do TST, quando houver diversos recursos envolvendo uma mesma tese jurídica. Elege-se um processo representante da controvérsia jurídica, suspendendo-se as demais até a decisão do caso paradigma, que será seguido pelos demais.

Além da multiplicidade de recursos, a questão de direito deve ser idêntica e de alta relevância e deve haver divergência entre os ministros das turmas do TST ou de suas seções individuais:

Nesse contexto, considera-se que, em havendo questionamento em múltiplos recursos, acerca da incompatibilidade material de um determinado dispositivo da legislação substantiva trabalhista brasileira à luz de uma disposição ratificada pelo Brasil por meio de uma convenção da OIT, há nítida possibilidade de julgamento pela via repetitiva da questão em apreço (BONFIM, 2017, p. 143).

Admitido o incidente, o presidente do TST deverá oficiar aos presidentes dos demais tribunais regionais para que suspendam os recursos interpostos (tanto recurso de revista quanto recurso ordinário) em casos idênticos aos que foram afetados como recursos repetitivos e afetem outros processos de sua competência, para julgamento conjunto. Óbvio, porém, que aqueles casos em que for demonstrado que as situações de fato e de direito são distintas permitem que o órgão que proferiu a decisão demonstre a distinção, de modo a não se submeter à afetação. Da decisão do TST, poderá haver modulação dos efeitos da decisão que tenha alterado (LEITE, 2018, p. 1175).

A suspensão de todos os processos com teses idênticas, como ocorre no IRRR e no IRDR, tem o benefício de evitar o surgimento de decisões contraditórias e que desrespeitem a aplicação de convenções internacionais. Porém, também traz o prejuízo de suspender

processos com diversos pedidos cumulativos, o que não ocorre com o IRDR. Ou seja, no caso do IRRR, um processo com dezenas de pedidos será suspenso, pelo fato de haver apenas uma tese jurídica afetada pelo tribunal, em violação clara à celeridade que é característica da justiça trabalhista (BONFIM, 2017, p. 144-145).

Assim, vê-se que o próprio ordenamento jurídico brasileiro detém de instrumentos próprios para garantir a plena aplicabilidade das normas internacionais incorporadas pelo Estado brasileiro:

Em que pese os mecanismos de distinção dos casos concretos assim permitirem a ressalva do entendimento do magistrado em face do confronto das casuísticas em análise, não se pode refutar que a adoção de uniformização de jurisprudência de decisões consolidadas pelo Tribunal Superior do Trabalho que vão de encontro com disposições de direitos humanos de convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, é temerosa e de possível ocorrência frente aos entendimentos preponderantes na Sessão de Dissídios Individuais, bem como das turmas do TST (BONFIM, 2017, p. 146).

A questão, portanto, passa pela formação dos próprios aplicadores do direito e pelo preconceito que as normas de direito internacional ainda possuem no Estado, ao contrário de outros, em que são expressamente elogiados pelo respeito aos tratados internacionais e às diretrizes emitidas pelos organismos internacionais¹⁵.

Não somente isso, frise-se a limitação sofrida pelo judiciário trabalhista, com a inclusão do §2º do art. 8º da CLT, que veda a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais que restrinjam direitos ou criem obrigações não previstas em lei. Por outras palavras, ainda que os Tribunais Regionais e o TST decidam em conformidade com as normas internacionais, impondo limites às alterações e novidades da Reforma Trabalhista, esta dificultou o papel das súmulas que porventura seriam criadas, como se buscasse enfraquecer os meios de combate contra ela própria.

O procedimento de criação de súmulas foi igualmente alterado, tornando-o mais complexo. Agora, a matéria a ser sumulada deverá ter sido decidida de modo unânime em, pelo menos, dois terços das turmas, em dez sessões diferentes, em cada turma. Ultrapassados tais requisitos, ainda será necessária uma maioria de dois terços do Tribunal Pleno do TST e a sustentação oral feita pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹⁵ À guisa de conhecimento, a Corte Interamericana sequer inclui o STF no rol de tribunais constitucionais, citando, dentre outros, as cortes da Argentina, da Colômbia e do Canadá (CORTE IDH, 2012, p. 96-97).

Conclui-se, portanto, que para o controle de convencionalidade lograr êxito no panorama trabalhista atual, o surgimento de decisões em consonância com a normativa internacional é um primeiro passo. Contudo, esbarra na dificuldade imposta pela própria Lei nº 13.467/2017 em consolidar tais entendimentos por meio de súmulas e orientações, demonstrando que o legislador da citada lei, como que prevendo um possível comportamento reacionário por parte do poder judiciário, intencionalmente limitou a atividade judiciária, demonstrando clara quebra no postulado da separação dos poderes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa possibilitou entender os principais impactos provocados pela Reforma Trabalhista, partindo da análise do panorama global em que nos situamos – marcado pela ascendência do neoliberalismo – passando pela análise dos princípios constitucionais que foram diretamente afetados pelas mudanças ocorridas e que detêm um papel ímpar no neoconstitucionalismo.

De igual forma, foi concedido o devido espaço para as disciplinas de direito internacional, de modo a inserir o controle de convencionalidade como meio apto a garantir o diálogo entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional, e de direito processual do trabalho, pois o foi com base neste que encontramos os instrumentos processuais que são capazes de fomentar a construção efetiva de uma jurisprudência em consonância com os tratados internacionais.

No primeiro capítulo, vimos que a onda neoliberal é uma tendência de escala global, propagando a ideia da intervenção estatal mínima e da redução da seguridade social, como forma de combate à alta inflação e ao desemprego. Para essa corrente, os males que vivemos hoje decorrem dos gastos que o Estado tem para manter programas sociais de combate ao desemprego e à miséria, e da atuação dos sindicatos em melhorar as condições de trabalho da categoria que representam.

Foi nesse contexto que a Lei nº 13.467 de 2017 surgiu, sob o rótulo de promover medidas modernizantes que reduziriam o desemprego e daria maior autonomia ao trabalhador. Contudo, o trâmite do projeto da lei citada foi muito célere, carecendo de transparência e de diálogo entre todas as partes, aqui consideradas os empresários, os trabalhadores e seus sindicatos, e o governo, de modo que, na verdade, o que se viu foi a alteração unilateral e a bel prazer, por parte do governo (devidamente assistida por empresários), de dispositivos que outrora protegiam os trabalhadores, deixando de conceder direitos.

O segundo capítulo foi voltado para o papel dos princípios da busca do pleno emprego, da vedação ao retrocesso social, da proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, além de outros que guardassem pertinência ao tema. Tais princípios constitucionais, ainda que implícitos, devem ser observados, principalmente pela força que ganha a Constituição Federal após adentrarmos no chamado neoconstitucionalismo, marcado pelo seu posicionamento central no ordenamento jurídico, de forma que todas as legislações e interpretações devem tê-la como norte.

Vimos que o pleno emprego remete à ideia de trabalho decente, de forma a conceder ao trabalhador um trabalho em conformidade à sua dignidade, garantindo seu sustento, sua segurança e seu lazer. Já a vedação ao retrocesso social surge como válvula de combate a quaisquer medidas que busquem retirar ou enfraquecer direitos constitucionalmente conquistados, que constituem o núcleo essencial que garante a proteção do trabalhador, por ser parte hipossuficiente da relação. O princípio da proteção, portanto, parte dessa presunção e constitui a base sobre a qual a legislação trabalhista brasileira se construiu.

Só após a exposição do panorama atual e da importância do arcabouço principiológico é que estamos aptos à compreensão das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista. No terceiro capítulo, buscamos tecer críticas aos institutos alterados ou introduzidos, sempre levando em consideração de que forma os princípios anteriormente tratados foram violados.

O capítulo foi subdividido conforme as temáticas dos institutos. Primeiramente, foram analisadas as novas modalidades de trabalho que consolidam a fuga à modalidade tradicional de contratação, como forma de reduzir os custos dos empregadores. Aqui, foram tratadas as contratações do trabalhador intermitente, do teletrabalhador e do autônomo exclusivo.

Em seguida, foram tratados os dispositivos que versam sobre duração do trabalho e como estes detêm relação direta com a saúde do trabalhador, relação esta que a Reforma Trabalhista buscou aniquilar. Finalizando o terceiro capítulo, foram abordados institutos já existentes no ordenamento jurídico, mas que sofreram alterações que possibilitaram a terceirização da atividade-fim e um tratamento diferenciado às indenizações por danos existenciais do trabalhador. Tais mudanças permitiram que a relação de trabalho fosse um fator de imposição de tetos indenizatórios sem nenhuma razão lógica, ao passo que a terceirização da atividade-fim permite que a empresa, criada para uma finalidade específica, utilize-se de empregados de outra empresa, suscitando dúvidas quanto à qualidade dos serviços prestados e ao tratamento dado aos trabalhadores.

Por fim, o quarto capítulo partiu da constatação de que o STF, guardião da Constituição, está tendendo a declarar a constitucionalidade da Reforma Trabalhista, ou de suas principais alterações. Dessa forma, questiona-se se seria possível a utilização do controle de convencionalidade, instrumento utilizado pelos juízes nacionais para analisar a conformidade de uma dada lei interna, à luz das convenções e tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, incorporados ao ordenamento interno e com plena vigência.

Por ser um tema que carece de estudos na área trabalhista, buscamos fomentar possíveis interpretações que nos levaria à conclusão de que alguns institutos seriam

inconvencionais, por contradizerem os tratados internacionais ou por violarem os princípios neles insculpidos, que traduzem, justamente, naqueles outrora estudados.

Já no setor prático do tema, isto é, como se daria, concretamente, tal controle, foram expostas diversas jurisprudências que demonstraram a utilização do controle de convencionalidade, em temas outros que não a Reforma Trabalhista, e como o Código de Processo Civil e os instrumentos contidos nele e no processo do trabalho ajudariam à formação de uma jurisprudência consoante aos tratados ratificados.

Dentre os instrumentos, foram estudados os incidentes de assunção de competência (IAC), de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o de recursos de revista repetitivos (IRRR), cada qual com as suas peculiaridades e formas diferentes de construção de um entendimento a ser seguido pelos demais tribunais, seja de cima para baixo ou vice-versa.

Nota-se que a Reforma Trabalhista, embora tenha trazido avanços, ficou marcada por restrições ao trabalhador, fechando os olhos à realidade vivida pelos milhões de trabalhadores brasileiros, marcada pelos baixos salários, pelo labor em condições insalubres e perigosas e, agora, por alterações normativas prejudiciais. Fica óbvio que o legislador partiu do ponto de que se deve respeitar a autonomia da vontade das partes contratantes, mas se esquece que as relações trabalhistas, em geral, são desiguais.

O trabalhador, em regra, é hipossuficiente, mas a Reforma Trabalhista ignora essa realidade, vivendo na ilusão de que a maioria dos trabalhadores possuem instrução suficiente para negociação direta, a ponto de não necessitarem dos seus sindicatos, que muitas vezes sequer possuem estrutura e poder de negociação suficientes para garantia de direitos da categoria. É a partir de tal raciocínio que as disposições protetivas são atropeladas, havendo o desrespeito aos diplomas normativos brasileiros e internacionais que o Estado brasileiro se comprometeu a cumprir. Tais disposições, em sua maioria, possuem relação direta à dignidade do trabalhador e à sua proteção, devendo ser observadas, daí surgindo o importante papel do poder judiciário na imposição de freios ao avanço maléfico ao trabalhador, diante da inércia dos demais poderes.

Portanto, concluímos que o ordenamento jurídico brasileiro nos fornece amplos meios para a construção de uma jurisprudência consoante aos tratados internacionais e que tanto a normatividade internacional quanto nacional traçam os mesmos objetivos, quais sejam o de proteção do trabalhador e o de progressividade dos direitos sociais, sendo totalmente possível o diálogo entre ambos. A próxima etapa é a de combater a reticência em aplicação das normas internacionais e os limites impostos pela própria Reforma Trabalhista à atuação do Poder

Judiciário trabalhista, responsável, principalmente, por corrigir os excessos cometidos contra a classe trabalhadora.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. O balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/cchs/ess/Members/giselle.souza/politica-social-ii/texto-1-balanco-do-neoliberalismo-anderson>>. Acesso em 15 fev. 2019.

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2005. Disponível em: <<https://www.docdroid.net/R2Vo5UA/antunes-ricardo-o-caracol-e-sua-concha-socialismo-em-livros.pdf>>. Acesso em 06 fev. 2019.

AMARAL, Luciana *et al.* Temer sanciona reforma trabalhista e diz que ninguém teve a ousadia antes. **Uol Economia**. Brasília, São Paulo, 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/07/13/temer-sanciona-reforma-trabalhista.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

ARRUDA, Kátia Magalhães. Reflexões sobre três temas polêmicos: terceirização, liberdade de contratar e pleno emprego. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 138-149, jul./set. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/71085/008_arruda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 14 mar. 2019.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito: fundamentos para uma política de promoção do pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

BAYLOS, Antônio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista Trabalhista**, v. 3, n. 10, p. 21–51, abr./jun., 2004. Rio de Janeiro: Forense.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito Trabalho**. 10. ed. Atualizada por Jessé Cláudio Franco de Alencar. São Paulo, LTr, 2016.

BELMONTE, Alexandre Agra. Reflexões sobre os desafios do judiciário trabalhista frente a nova legislação e a realidade brasileira. **Revista Legislação do Trabalho – LTr**. São Paulo. Ano 82. nº 10. out.2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONFIM, Brena Késsia Simplicio do. **Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte**, MG, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74089/2008_bonna_aline_vedacao_retrocesso.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017- Reforma Trabalhista**. Brasília. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>> Acesso em 19 nov. 2018.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. Tese (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdades de Vitória. Vitória, 2006.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASSAR, Vólia Bonfim. Reforma Trabalhista: comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16, 2017. **Revista Eletrônica OAB – RJ**. Disponível em: < <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/05/V%C3%B3lia-Bonfim-Cassar.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2018.

_____. A prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (org.). **A Reforma Trabalhista: o impacto nas relações de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CECATO, Maria Aurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da Declaração de 1986 da ONU. **Revista Prima Facie**. v. 11, n. 20, ano 11, jan.-jun. 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/download/13805/8593>>. Acesso em 06 fev. 2019.

CHAVES, Luciano Athayde; JALES, Túlio de Medeiros. Notas sobre os precedentes no Novo Código de Processo Civil e sua aplicação ao subsistema processual do trabalho: integridade, coerência, vinculatividade e modulação das decisões judiciais. In: REIS, Sérgio Cabral dos. (coord.). **O Novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho: encontros e desencontros**. São Paulo: LTr, 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casab. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em 06 nov. 2018.

CORDEIRO. Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade e reforma trabalhista: adequação da lei nº 13.467, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. (org.) **Controle de Convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CORREA, Leonardo Alves; CLARK, Giovani; RICEPUTI, Marcelo. Constituição econômica, desenvolvimento e a institucionalização do princípio do pleno emprego: uma abordagem à luz da teoria da seletividade de Claus Offe. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba. v. 8.nº 3. p. 67-92, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/18426/22577>>. Acesso em 07 mar. 2019.

CORREIA, Henrique. Terceirização na atividade-fim: julgamento do STF de 30 de agosto de 2018. **Revista Legislação do Trabalho – LTr**. São Paulo. Ano 82. nº 09. set.2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº7**. 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

_____. Transconstitucionalismo e as questões constitucionais transnacionais. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/199235257/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>>. Acesso em 15 abr. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 67, p. 7-21, abr. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115870/2017_delgado_mauricio_matriz_constituicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 mar. 2019.

DUARTE, Bento Herculano. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): natureza, finalidade, pressupostos, pontos controvertidos e aplicação na justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 83, n. 1, p. 169-216, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106415/2017_duarte_bento_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 25 mar. 2019.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Reforma Trabalhista e Teletrabalho: o velho dilema entre aparência e essência. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GARCIA, Ivan Simões. Aportes para contextualização da reforma trabalhista: análise panorâmica das causas, fundamentos e algumas consequências da lei nº 13.467/2017. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (org.). **A Reforma Ttabalhista: o impacto nas relações de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAVATÁ, Isabelli. O teletrabalho, o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais na perspectiva da reforma trabalhista. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Application of International Labour Standards 2018**. Geneva: International Labour Office, 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf>. Acesso em 04 fev. 2019.

JAVILLIER, Jean-Claude. As normas internacionais do trabalho: desafios, pertinência e aplicação do direito internacional do trabalho no direito interno. In: **Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais**. 2004. Brasília. Anais. São Paulo: Ltr, 2004.

KON, Anita. Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores. **Revista Economia & Tecnologia**, [S.l.], v. 8, n. 2, out. 2012. ISSN 2238-1988. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/ret/article/view/28159>>. Acesso em: 24 jun. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/ret.v8i2.28159>.

LAFER, Celso. **Direitos Humanos: um percurso no século XXI**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LESSA, Sérgio. TONET, Ivo. **Introdução à filosofia de Marx**. 2º ed. São Paulo: Expressão Popular. Disponível em: <<http://sergiolessa.com.br/uploads/7/1/3/3/71338853/introdufilomarx.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2019.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

LIRA, Yulgan Tenno. O Direito Interno como Ponto Chave para a Garantia do Enforcement do Direito Internacional: controle de convencionalidade à luz do processo normativo transnacional de Harold Hongju Koh. In: MENEZES, Wagner. (org.) **Direito Internacional em expansão: volume VII**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista? **Revista trabalhista: direito e processo**, ano 15, n. 57, jul./dez. 2016. ISSN 1677-2784. Brasília: Anamatra; São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Análise do Projeto de Reforma Trabalhista**, 2017. <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

MARTINS, Ana Caroline de Souza; VEIGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Negociado sobre o legislado: uma afronta aos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 188. Ano 44. São Paulo. Abril 2018.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 10, nº 18, jun., p. 215-235, 2013. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur18-port-antonio-moreira-maues.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista do Serviço Público**. v. 39. nº 4. Ano 1982. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239/1160>>. Acesso em 08 mar. 2019.

MELO, Mariana Tavares de. **Informalidade do trabalho e flexibilização das normas laborais**. Tese (Mestrado em Direitos Econômico) – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/4440/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2019.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Política macroeconômica**. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/assuntos/politica-macroeconomica>> Acesso em: 08 mar. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 39 ed. São Paulo: LTr, 2014.

NUNES, Antônio José Avelãs Neoliberalismo e direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, p. 423-462, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67596/70206>>. Acesso em 04 fev. 2019.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BARROSO, Fernanda Natale. O Instituto da “Flexissegurança” e a análise da sua aplicabilidade no Brasil. **Cadernos de Direito**, Piracicaba. vol. 15. jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/viewFile/2515/1582>>. Acesso em 16 mar. 2019.

NUNES, Flávio Filgueiras; DOMITH, Laira Carone Rachid. A ausência de controle de jornada do empregado em regime de teletrabalho como fato gerador do afrouxamento das relações familiares. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **O trabalho digno e a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Genebra, Suíça: 2017. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_544325.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. **A aplicação e a promoção das normas internacionais do trabalho**. 3. ed. rev. Genebra, Suíça: 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_633821.pdf>. Acesso em 06 fev. 2018.

_____. **Para superar a crise: Um Pacto Mundial para o Emprego**. Peru: 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227066.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

PAULA, Hilda Maria Francisca de. Teletrabalho: desafios frente a uma nova realidade. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PINHEIRO, Iuri Pereira. Contrato de trabalho intermitente. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. nº 19. p.67-93, jan./jun., 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em 15 abr. 2019.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTO, Lorena Vasconcelos; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. O Trabalho Autônomo e a Reforma Trabalhista. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

POZZEBOM, Elina Rodrigues. CAS rejeita projeto de reforma trabalhista, 20 jun. 2017. **Senado Notícias**, Brasília. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/20/cas-rejeita-projeto-de-reforma-trabalhista>> Acesso em 19 nov. 2018.

PRITSCH, Cesar Zucatti. IRDR, IAC E STARE DECISIS HORIZONTAL: sugestões regimentais para evitar a criação de jurisprudência conflitante. **Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**, Porto Alegre, RS, v. 14, n. 214, p. 52-90, jun. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/142134/2018_pritsch_cesar_irdr_iac_stare_decisis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 25 mar. 2019.

QUEIROZ, Julia Mello de. Desenvolvimento econômico, inovação e meio ambiente: a busca por uma convergência no debate. **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, p.143-170, jul.-dez. 2011.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. A reforma trabalhista sob a ótica da cláusula de vedação ao retrocesso social, observada a força centrípeta das contingências econômicas: um novo round de uma velhíssima batalha. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 83, n. 4, p. 95-155, out./dez. 2017. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/128092/2017_ribeiro_fabio_reforma_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 mar. 2019.

RIGON, Vinicius Riguete; TURINA, Anderson Olivio. A modernização das relações de trabalho e seus impactos previdenciários: o trabalho intermitente e o cálculo do índice FAP. **Revista Legislação do Trabalho – Ltr.** São Paulo. Ano 81. nº 12. dez.2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado®**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. In: **Anais do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf>. Acesso em 24 jun. 2018.

SANTOS, Dione Almeida; BARROS, Renato Cassio Soares de. O empregado hipersuficiente e o preço da liberdade contratual, após a vigência da lei n. 13.467/2017. **Revista Legislação do Trabalho – Ltr.** São Paulo. Ano 82. nº 10. out.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 75, n. 3, jul./set. 2009a. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 07 mar. 2019.

_____. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. ampl. Rio Grande do Sul: Editora dos Advogados, 2009b.

SENADO FEDERAL. **Consulta Pública do PLC nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=129049>>. Acesso em 04 fev. 2019;

SILVA, André Ricardo Lopes. O Direito ao Trabalho sob o Contexto do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba. Ano VIII, nº 14, jan./jun. 2016. ISSN 2175-7119. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima14/artigo-7.-o-direito-ao-trabalho-sob-o-contexto-do-neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. O trinfo da vontade patronal: esquemas de prorrogação e compensação de jornadas instituídos pela “reforma trabalhista” brasileira. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SANTOS, Elenice. Terceirizados são as maiores vítimas de acidentes de trabalho. Sindicato dos Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região. 28 abr. 2018. Disponível em: <<http://spbancarios.com.br/04/2018/terceirizados-sao-maiores-vitimas-de-acidentes-de-trabalho>> Acesso em 01 abr. 2019.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. Reforma Trabalhista – 10 (novos) princípios do direito empresarial do trabalho. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em 24 jun. 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Reforma Trabalhista e danos extrapatrimoniais: a vida por um preço e a teoria do piso implícito. **Revista Legislação do Trabalho – LTr**. São Paulo. Ano 82. nº 10. Out .2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. amp. atual. São Paulo, LTr, 1998.

_____. Os princípios social-trabalhistas na Constituição brasileira. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 69, n. 1, p. 40-46, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/3838/003_sussekkind.pdf?sequence=9&isAllowed=y>. Acesso em 08 mar. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Fabris, 1997.

VALENTE, Nara Luiza; FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; SILVA, Silmara Carneiro e. A Reforma Trabalhista Brasileira E Retrocessos Na Garantia De Direitos Fundamentais Do Trabalhador. **Revista Prim@ Facie**. João Pessoa. v. 17. nº 35. Ano 2018. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/38814/20918>>. Acesso em 08 mar. 2019.

WENTZEL, Marina. Terceirização: quais são as lições da experiência internacional? **BBB Brasil**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39413856>>. Acesso em 15 abr. 2019.

ZAPOLLA, Letícia Ferrão. A terceirização no ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional do trabalho. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ZWICKER, Igor de Oliveira. O contrato de trabalho intermitente e seus impactos para o mundo do trabalho. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.) **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017.